JACOBI FRIDERICI LUDOVICI ... USUS PRACTICUS...

Digitized by Google

JACOBI FRIDERICI LUDOVICI,

J. U. D. PP. & Fac. Jur. Adſeſſ.

USUS PRACTICUS DISTINCTIONUM JURIDICARUM,

JUXTA

ORDINEM DIGESTORUM ADORNATUS.

PARS III.

Libros reliquos a libro XXVIII. usque ad finem pertractans.

EDITIO III.

Auctior & emendatior.

HALÆ MAGDEBURG.
Sumptibus ORPHANOTROPHEI.

Typis JOHANNIS GRUNERI, Acad. Typ.
ANNO M DCC XVII.

Digitized by Google

Digitized by Google

Uſus Practici Diſtinctionum Juridicarum

PARS III.

LIBRI XXIIX. Digeſtorum

TIT. I.

QVI TESTAMENTA FACERE POSSVNT.

DISTINCTIO I.

Inter teſtamentum *publicum* & *privatum*.

USus hujus diſtinctionis melius cognoſci non poteſt, quam ſi requiſita teſtamentorum duplicia, *interna* ſcilicet & *externa*, ſpeciatim conſiderentur. Scilicet, quantum ad requiſita interna attinet, *heredis inſtitutionem* præcipue, nulla omnino inter teſtamentum publicum & privatum reperitur differentia. Utrumque enim tanquam inofficioſum impugnari poteſt, ſi vel parentibus, vel liberis, vel fratribus etiam, ſi hiſce turpis perſo-

Digitized by Google

perſona præfertur, legitima portio honorabili inſtitutionis titulo non fuerit relicta. Utrumque etiam teſtamentum per agnationem poſthumi & per aliud poſterius teſtamentum rumpitur: utrumque per capitis diminutionem teſtatoris fit irritum: utrumque deſtitutum redditur, ſi heres ſcriptus vel non vult, vel non poteſt adire hereditatem &c.

Quantum vero ſolennia externa concernit, teſtamentum publicum privato multis paraſangis præferri meretur. Nec enim illud teſtium numerum deſiderat, & ſic nec eorum ſubſcriptionem, aut ſubſignationem, aliaque omnia, quæ in teſtamentis privatis exiguntur, unde cautelæ loco commendari ſolet, ut quis teſtamentum ſuum vel principi offerat, vel actis inſinuet, ſi ad miſeram illam & nimiam teſtamentorum privatorum diligentiam adſtrictus eſſe nolit, *v. l. 88. §. ult. ff. de Legat.* 2. Sic quoque teſtamenta judicialia non opus habent recognitione, bene tamen privata, ſi controverſia eo nomine oriatur. Ceterum controverſias, quæ & circa teſtamenta publica moveri ſolent, fuſe perſequitur & decidit Illuſtr. Dn. Stryk. *in tr. de Cautel. teſtam. cap.* 8. quas hic recenſere inſtituti noſtri non eſt.

DISTINCTIO II.

Inter teſtamentum privatum *ſcriptum & nuncupativum.*

SOlennia hic fere ſunt eadem in utroque teſtamento. Quicunque teſtis eſſe nequit in teſtamento ſcripto, ille nec in nuncupativo admittitur. Teſtamentum ſcriptum actu continuo fieri debet, nuncupativum non minus. Nulla ergo diverſitas admitti poteſt, niſi quam ipſa rei natura ſuppeditat, id eſt, in teſtamento nuncupativo non requiritur ſubſcriptio & ſubſignatio teſtium, quia ſcriptura ibi plane non adhibetur. Ex quo ſimul profluit, quod in eodem nuncupativo etiam literarum imperiti ad teſtimonium admittantur, quod in teſtamento ſcripto ſecus ſe habet. Poſſes & hoc addere, quod in teſtamento ſcripto teſtimonium ſit *nudæ ſolennitatis*, at vero in nuncupativo *& ſolennitatis & veritatis ſimul*, *v. cit. tr. de cautel. teſtam. c.* 15. §. 43.

Adducunt quidem nonnulli hanc differentiam, quod legatarius in teſtamento ſcripto teſtis eſſe poſſit, non autem in nuncupativo, ex ratione, quod hic audiat legatarius, ſibi quid legari, atque adeo teſtimonium ejus ob intereſſe, quod habet, reddatur ſuſpectum, vid. Duarenus *ad tit. ff. qui teſtam. fac. poſſ. ſub rubr. de teſtib. in teſtam. idon. verſ. quidam ex veteribus*. Curtius *Conſil.* 178. Verum enim

Digitized by Google

vero cum §. 11. *J. de teſtam.* eos ſaltem a teſtimonio excludat, *qui juris ſucceſſores ſunt*, & vero legatarius nec in ſcripto, nec in nuncupativo teſtamento talis juris ſucceſſor ſit, hinc ea differentia merito rejicitur, *v. d. tract. cap.* 15. §. 48.

Sed quid ſentiendum de famoſa illa controverſia DD. quando quidem admittunt, quod *heredis inſtitutio relativa* in teſtamento ſcripto fieri poſſit, non autem in nuncupativo? Sane, quod urgent nonnulli, nuncupationem non eſſe, niſi nomen heredis clare exprimatur, & ad ſtabiliendam hanc ſententiam ſuam *l.* 29. *C. de teſtam. l.* 21. *pr. ff. de teſtam.* nec non *Ordin. Notar. de A.* 1512. *Tit.* von Teſtamenten. §. aber die Form. &c. ibi: Daß der / ſo das Teſtament machen will / deſſen / oder deren / ſo Er zu Erben haben will / und denen Er etwas verſchaffen oder verlaſſen will / Nahmen und was Er im Teſtament begriffen haben wolt / öffentlich und klärlich benenne / adducunt; id parum ponderis habere videtur, clara enim verba hic rem non conficiunt, ſed ad mentem legum eſt reſpiciendum, juxta hanc vero id quoque palam fieri dicitur, quod per relationem tale eſt, unde & cum nobis faciunt Everhardus *vol.* 2. *Conſil.* 43. *num.* 5. & 6. Cardin. de Luca *Theatr. verit. & juſtit. Tr.* 1. *P.* 1. *Diſc.* [illegible] Brunnem. *ad l.* 77. *ff. de hered. inſtit. num.* 1. *ſeq.* Imo nec a nobis recedit Illuſtr. Stryk. *cit. tr. cap.* 16. §. 25. quamvis cum

hic

Digitized by Google

hic teſtetur, ſententiam contrariam communiorem eſſe atque receptiorem; ille, qui regulas prudentiæ ſequi vult, melius faciat, ut ab heredis inſtitutione relativa in teſtamento nuncupativo abſtineat.

LIB. XXIIX. TIT. II. & V.

De liberis & poſthumis & de heredibus inſtituendis.

DISTINCTIO I.

Inter heredis inſtitutionem *neceſſariam* & *voluntariam*.

PRior obtinet intuitu parentum, liberorum, nec non fratrum in eo caſu, ſi perſona turpis aut levis notæ macula laborans ipſis in teſtamento præfertur. *l.27. C. de inoff. teſtam.* *Poſterior* autem intuitu reliquorum cognatorum omnium, aliarumque perſonarum extranearum, ſive amicitiam cum teſtatore coluerint, ſive non.

Ex quo conſequitur, quod ſi quis parentes, liberos, vel fratres in caſu adducto heredes non inſtituat, quod, inquam, teſtamentum tunc corruat iuxta diſpoſitionem *Nov.* 115.*c.*3.*&*4. quod tamen de neceſſaria inſtitutione quoad legitimam ſolum intelligendum

dum eſt, in reliquis enim bonis liberrima facultas enumeratis perſonis competit. E contrario, quamvis quidam ex cognatis reliquis maxima egeſtate laboret: quamvis item alius quispiam ſumma mihi beneficia exhibuerit, aut intimam mecum amicitiam coluerit, jus tamen impugnandi teſtamentum meum, in quo plane præteritus eſt, ipſi nullum competit. Propter ſolam enim amoris violationem in foro humano actio non conceditur, ſed potius cujusvis conſcientiæ hoc relinquitur.

LIB. XXVIII. TIT. III. & IV.
De iniuſto, rupto, irrito facto teſtamento.
&
De his, quæ in teſtamentis delentur, inducuntur, vel inſcribuntur.

DISTINCTIO I.

Inter teſtamentum *nullum*, *ruptum*, *irritum*, *deſtitutum & inofficioſum*.

NUllum vocatur teſtamentum, quando ſtatim ab initio defectus aliquis adeſt, v. g. quod teſtes ſint inhabiles: quod actus

actus extraneus interceſſerit: quod teſtator non gaudeat facultate teſtandi: quod non adſit legitima heredis inſtitutio, &c. dicitur alias quoque *iniuſtum & invalidum*.

Ruptum eſt, quando poſt actum teſtandi legitime celebratum vel adnaſcitur poſthumus, cujus in teſtamento nulla facta eſt mentio, idque naturaliter per generationem, aut civiliter per adoptionem, &c. vel quando teſtator ex intervallo contrariam ſuam voluntatem in alio teſtamento, æque legitime condito, declarat. Poſſes hanc appellare ruptionem *civilem*, cui adhuc addenda ruptio *phyſica*, quando teſtator non quidem aliud teſtamentum condit, ſed tamen illud, quod ab initio confecerat, lacerat, cancellat, incidit, comburit, &c.

Irritum dicunt, quando teſtator capitis diminutionem patitur, libertatem, ius civitatis aut familiæ amittendo, ſeu, *quando impedimentum iuris ſupervenit*, ut DD. loqui conſueverunt. Impedimentum iuris enim nihil aliud eſt, quam amiſſio priſtini ſtatus civilis. Per *impedimentum* facti ergo, quod capitis diminutionem non involvit, non fit irritum teſtamentum, v. g. ſi teſtator poſtea prodigus, furioſus, &c. evadat.

Deſtitutum fit teſtamentum, quando heres in eo legitime inſtitutus vel non poteſt, vel non vult adire hereditatem, quia ab aditione omnia dependent. Unde ut hæc deſtitutio

Digitized by Google

evitetur, teſtatores heredi ſcripto communiter alium ſubſtituere ſolent.

Inoſſicioſum denique eſt teſtamentum, ſi exheredatio vel non fit ob cauſam ingratitudinis talem, quæ in *Nov.* 115. exprimitur: vel quando illa teſtamento plane non eſt adjecta: vel denique eſt adjecta quidem & ex *d. Nov.* deſumta, ſed tamen ab herede ſcripto probari nequit, id quod ex *cit. Nov.* 115. *c.* 3. *in f.* demonſtratur, verbis: *ſive igitur omnes* &c: & verb. *ſi autem hæc obſervata non fuerint* &c. vid. Huber. *Prælect. ad inſtit. tit. de exhered. liber.* §. 13. & 14. Diſſ. Struv. *S. I. C. Ex.* 10. *th.* 15. putans quod eo caſu, *ſi cauſa plane non eſt adiecta*, teſtamentum pro nullo haberi debeat, cui tamen verba novellæ expreſſe refragantur. Tunc ergo ſolum nullitate laborat teſtamentum, *ſi liberi plane præteriti, aut non nominatim exheredati.* Quamvis vero Struvius ſuam opinionem communiter receptam eſſe dicat; nihilominus tamen ex adducto ipſius loco adparebit, quod propter multos diſſentientes, quos allegat, noſtra opinio ſit æque communis. *

* Mutavi ſententiam hanc quodammodo in *Doctr. ff. de inoff. teſtam.* §. *X.* & *XI.*

Jam ad uſum diſtinctionis accedimus. Scilicet teſtamentum, ſi *nullum* eſt, per querelam nullitatis *intra* 30. *annos* adhuc impugnari poteſt; ſed ſi *inofficioſum*, conceditur ſaltem *quinquennium*, *l.* 8. §. *f. ff. de inoff. teſtam. l. pen.* §. 2. *C. eod.*

Que-

Querela inofficioſi nondum inſtituta, aut præparata, *ad heredes non transmittitur*, *l.* 34. & *l.* 36. *C. eod.* ſi ſcilicet is, cui competit querela, moriatur, antequam heres ſcriptus hereditatem adiit. Aſt *querela nullitatis* etiam non præparata *ad heredes indiſtincte transmittitur*, non minus ac alia remedia civilia, vid. Richter. *ad Auth. in Teſtament. num.* 26. *C. ad Sc. Trebell.* B. Stryk. *de Cautel. teſtam. cap.* 19. §. 44. Lauterbach. *Comp. jur. tit. de inoff. teſtam. inf.* conf. *tit. de inoff. teſtam. diſt.* 1.

Teſtamento ab adſcendentibus & deſcendentibus per *querelam inofficioſi* reſciſſo, *legata nihilominus debentur*, & omnia reliqua capitula, v. g. tutoris datio, &c. ſubſiſtunt, *Nov.* 115. *c.* 3. Aſt, ſi per *querelam nullitatis* impugnatur, omnia corruunt, & ſic cum principali etiam acceſſoria. Quotiescunque enim jus vetus hac parte non reperitur mutatum, toties eidem merito inhæremus, cum exceptio firmet regulam in caſibus non exceptis.

Teſtamentum *ruptum*, *irritum* & *deſtitutum* ut per remedium aliquod impugnetur, opus non eſt, absque impugnatione enim vires ſuas jam amiſit. Et hic etiam deficiente jure correctorio recentiori regulæ antea adductæ inhærendum, quod nempe deficiente heredis inſtitutione ex tali teſtamento nec legata, aut fideicommiſſa debeantur. Equidem Lauterbach. *Comp. jur. h. t.* exiſtimat, quod propter *Nov.* 1. hodie ex teſtamento *deſtituto* nihilominus

nus legata ſolvenda ſint; Verum enim vero *d. Nov.* non loqui de teſtamento deſtituto, ſed de eo caſu, *ſi heres hereditatem jam adiit, & poſt aditionem legata exſolvere detrectat*, jam ab aliis demonitratum eſt, B. Stryk. *de ſucceſ. ab inteſt. Diſſ. 1. C. 1. th. 53.* Imo ab ipſo Lauterbachio *in Diſp. de teſtamento deſtituto*, prout allegatur a Dn. Beyero *in Poſ. ff. h. t. circ. fin.*

DISTINCTIO II.

Inter ruptionem *verbalem* & *realem.*

TErminos hujus diſtinctionis jam ſub *diſt. praeced.* explicavimus. Uſus vero, ut paucis dicamus, in eo conſiſtit, quod ruptio *verbalis* nuda non ſufficiat, ſed nova heredis inſtitutio cum omnibus ſuis ſolennitatibus accedere debeat, aut ad minimum lapſus decennii a tempore primi teſtamenti, *v. l. 27. C. de teſtam.* Aſt ruptio *realis* nec novam heredis inſtitutionem, nec ſolennitates, nec temporis lapſum deſiderat, ſed ſtatim ſuum effectum habet. Et hoc eſt, quod dicunt D D. *facta potentius operari, quam verba.*

LIB.

Digitized by Google

LIB. XXIIX. TIT. VI.

De vulgari & pupillari ſubſtitutione.

DISTINCTIO I.

Inter ſubſtitutionem *vulgarem* & *pupillarem*.

DIfferunt hæ duæ ſubſtitutionum ſpecies (1.) *intuitu ipſius ſubſtituentis*. Vulgariter quilibet ſubſtituere poteſt, qui teſtamentum condit; ſed pupillariter nonniſi pater, qui filium in ſua poteſtate adhuc habet.

(2.) *Intuitu illius, cui ſubſtituitur*. Vulgaris fit heredi cuicunque; ſed pupillaris nonniſi liberis impuberibus, in patria poteſtate exiſtentibus.

(3.) *Intuitu termini, ad quem ſubſtituitur*. Vulgaris ſtatim expirat, ſi heres inſtitutus hereditatem adiit, tunc enim heredes ab inteſtato plene ſunt excluſi, & ſic teſtator ſcopum ſuum aſſecutus eſt: at pupillaris durat usque ad 14. annum, quamvis filius heres inſtitutus hereditatem revera adierit, deinde tamen intra pubertatem deceſſerit, *v. §. 8. & 9. J. de pupillar. ſubſtit.*

DI-

DISTINCTIO II.

Inter ſubſtitutionem *pupillarem* & *quaſi pupillarem*.

DE *priori* jamdum conſtat ex modo dictis. *Poſterior*, quæ & *exemplaris* nec non *Juſtinianea* vocari conſuevit, (ex ratione, quia ab Imp. Juſtiniano ad exemplum pupillaris introducta fuit,) *non requirit patriam poteſtatem* in ſubſtituente, ſed matri quoque & patri intuitu filii, jam emancipati, a legibus conceditur, *v. l. 9. ibi: qui vel quæ C. de impub. & aliis ſubſtit.*

Deinde non fit propter ætatem impuberem, ſed *quemcunque alium defectum*, propter quem aliquis teſtari impeditur, v. g. furorem, prodigalitatem, &c.

In ſubſtitutione pupillari quilibet extraneus pro lubitu eligitur; aſt in quaſi pupillari ſubſtituendi ſunt (1.) *liberorum furioſorum, &c. liberi*, & (2.) his deficientibus *eorum parentes, fratres atque ſorores, d. l. 9.*

DISTINCTIO III.

Inter ſubſtitutionem *militarem* & *vulgarem*.

IN *militari* non opus eſt, ut miles ſibi ipſi teſtamentum faciat, ſed hic ſubſtitutio absque inſtitutione ſubſiſtit, quod in reliquis, imo

in

in ipſa pupillari ſubſtitutione ſecus eſt, *l.* 2. §. 1. *ff. h. t.*

Secundo, miles omni heredi in caſum, quo utcunque defecerit, item liberis etiam puberibus, quamdiu hoc ipſi placet, ſubſtituere poteſt, *l. 8. C. de impub. & al. ſubſtit.* Sed ſubſtitutio vulgaris eousque ſaltem valet, *donec adita fuerit hereditas*, & pupillaris, *donec filius impubes pubertatem attigerit*, vid. Lauterbach. *ad h. t. in fin.* Et hinc eſſe puto, quod DD. communiter hanc ſubſtitutionis ſpeciem *privilegiatam* appellare conſueverunt, vid. Struv. *S. I. C. Exerc.* 33. *theſ.* 38.

LIB. XXIIX. TIT. VII.

De conditionibus inſtitutionum.

AGendum ſub hoc titulo eſſet de differentia tum inter ipſas conditionum diverſas ſpecies, tum inter conditionem & diem, conditionem & modum, & ſic porro; verum, quoniam infra *Lib. XXXV. Tit. I.* in materia legatorum adhuc alius titulus *de conditionibus & demonſtrationibus & cauſis & modis eorum &c.* occurrit, ſub quo hæc materia uberius tractari poteſt, quam ſub præſenti quidem; hinc eo reſervabimus diſtinctiones hujus tituli eorumque uſum practicum.

LIB.

Digitized by Google

LIB. XXVIII. TIT. IIX.
De jure deliberandi & beneficio inventarii.

DISTINCTIO I.

Inter *inventarium & iuratam ſpecificationem.*

DE jure quidem Romano ad confectionem inventarii plurimæ exigebantur ſolennitates juxta *l.f. C. de jur. delib.* v. g. ut inchoetur illa intra primum menſem, & intra alios duos perficiatur, aut quoad res, in remotioribus locis ſitas, intra annum: ut fiat in præſentia legatariorum, per edictum vocatorum: ut ſubſcribatur inventarium confectum ab herede, vel ſi hic ſcribere neſciat, a notario, præfixo ſigno crucis, & quæ ſunt ſimilia; Verum enim vero poſtquam Mevius *P. 2. Dec.* 356. teſtatur, omnes illas ſolennitates in provinciis noſtris ceſſare, hinc in eo ſaltem diverſitas hodie ſeſe exerit inter *inventarium* & *juratam ſpecificationem*, quod *prius* a notario, adhibitis duobus teſtibus, conficiatur, & in inſtrumentum publicum redigatur, ubi regulariter etiam obſignatio bonorum in ipſo momento mortis defuncti præmittenda eſt, ut præſumtio ſubtractionis bonorum excludatur; *poſterior* autem privatim fiat ab ipſo herede,

rede, quæ eapropter quoque per juramentum ſemper confirmari debet, cum tamen heres ad præſtandum ſuper legitimo inventario jusjurandum regulariter adigi nequeat, niſi veroſimiles defectus inventarii adſint. Mev. *P.* 4. *deciſ.* 92. Illuſtr. Dn. Stryk. *Cautel. Contract. Sect.* 3. *cap.* 3.

Sed an jurata ſpecificatio eundem effectum producat, qui inventario adſcribitur, palmaria forſan eſt quæſtio. In Saxonia hæc quæſtio ſine dubio affirmanda, quippe in qua heres, licet inventarium non confecerit, tamen ultra vires hereditarias non tenetur, Land. R. *l.* 1. *art.* 6. Richter. *Deciſ.* 60. *num. ult.* Struv. *Ex.* 33. *th.* 57. Carpz. *P.* 3. *C.* 33. *Def.* 18. Sed extra Saxoniam hoc univerſaliter adſtrui non poteſt? Mevius enim *p.* 2. *deciſ.* 96. juratæ illi ſpecificationi non eum tribuit effectum, ne quis ultra vires hereditarias teneatur, ſed hunc ſaltem, ut notitia bonorum exinde deſumi poſſit. Ergo hic ad mores cujusvis loci reſpiciendum, & cautius ſine dubio agit, qui inventarium coram notario & teſtibus confici curat.

LIB. XXIX. TIT. I.

De teſtamento militis.

DISTINCTIO I.

Inter militem *in acie, in caſtris* & *in hybernis* conſideratum.

Digitized by Google

MAximus hujus distinctionis uſus deprehenditur in quæſtione: *an & in quantum miles ab obſervatione ſolennitatum ordinariarum in teſtamentis exemtus ſit?* Hic enim deciſio pro ratione triplicis illius conſiderationis variat. Scilicet, ſi *in acie* deprehenditur miles, (quo refero etiam eos, qui urbem obſeſſam vel defendunt, vel oppugnant) *tunc omnes omnino ſolennitates ceſſant*, adeo ut etiam ſufficiat, licet literis ſanguine rutilantibus, vel procumbens nomen heredis in arena exaraverit, *v. l. 15. C. h. t.* nec opus eſt, ut duo teſtes ad hoc rogati fuerint a milite, ſed valet talis ſcriptura etiam absque omnibus teſtibus, modo de manu militis conſtet, aut, ſi teſtes ad eam probandam producuntur, fidem jam faciunt, quamvis ex improviſo ſupervenerint, & militem ſcribentem viderint. Nihil enim aliud hic requiritur, niſi ut de veritate conſtet, ad hanc vero demonſtrandam nullis ſolennitatibus opus eſt.

Si *extra aciem in caſtris* inveniuntur milites, *duo teſtes* ſemper exiguntur, quamvis teſtamentum in ſcriptis conditum fuerit.

Denique, ſi *in hybernis* ſunt milites, tunc teſtaturis de ſolennitatibus iuris civilis *nihil remittitur*, prout hæc omnia videri poſſunt in *Conſt. Imper. de A.* 1512. von Notarien. *Tit.* von Teſtamenten/ in qua conſtitutione imperator ad ſequens fundamentum reſpexiſſe videtur: quod

quo

quo propius eſt periculum, *eo magis etiam remittantur ſolennitates*, & contra: *quo longius miles a periculo abeſt*, *eo magis ad ſolennitates obſervandas adſtringatur*, conf. Carpzov. *P.* 3. *C.* 4. *Def.* 26. Gail. 2. *obſ.* 118. Richter, *P.* 1. *Deciſ.* 38. *n.* 10. *ſeqq.*

LIB. XXIX. TIT. II.

De adquirenda vel omittenda hereditate.

DISTINCTIO I.

Inter heredes *neceſſarios*, *ſuos & neceſſarios* & *voluntarios*.

N*Eceſſarii* apud Romanos erant ſervi, qui hereditatem dominorum inviti etiam neceſſario adire cogebantur, ut ipſorum nomine potius, quam defuncti teſtatoris bona obærata deinde venderentur, nec defunctus injuria afficeretur, §. 1. *J. quib. ex cauſ. manum. non lic.* §. 1. *J. de hered. qual. & diff.*

Idem in *ſuis* quondam obtinebat; nam & hi, ſive velint, ſive nolint, tam ab inteſtato, quam ex teſtamento ex L. XII. Tabb. heredes fiebant, §. 2. *J. de hered. qual.* juxta quem §. tamen prætor ipſis volentibus jus abſtinendi dedit.

Extranei ſeu *voluntarii* hic vocantur omnes,

Digitized by Google

qui nec in dominica, nec in patria teſtatoris poteſtate conſtituti fuerunt, §. 3. *J. d. t.* Unde etiam filius emancipatus eorum nomine venit, quamvis in linea deſcendente deprehendatur.

Si uſum diſtinctionis ſpectas, heredes *neceſſarii* apud nos, ceſſantibus ſervis, non amplius dantur. Neque etiam inter *ſuos* & *extraneos* hodie magna eſt differentia, quemadmodum enim hi hereditatem *repudiare*, ita illi ab eadem *abſtinere* poſſunt. Hoc ſaltem remanſit, quod in materia inofficioſi teſtamenti liberi ſui querelam etiam non inchoatam, nec præparatam in heredes quoſcunque transmittant, quia eandem *ipſo jure* acquirunt, cum e contrario extranei deſcendentes dictam querelam in ſuos liberos ſolummodo transmittere ſoleant, *v. ſupra tit. de rupt. irrit. fact. teſtam. Diſt. I.* Idem in tranmiſſione juris adeundæ hereditatis.

LIB. XXIX. TIT. III.

Teſtamenta quemadmodum aperiantur, inſpiciantur & deſcribantur.

DISTINCTIO I.

Inter aperturam *ſimplicem* & *ſolennem*.

Simplex

S*Implex* apertura eum in finem extrajudicialiter, in præſentia tamen honeſtorum virorum, ſuſcipitur, ut cognoſcatur, quis ſit heres, & per conſequens ad quemnam cura funeris ſpectet, nec non quomodo ipſa ſepultura ſit perficienda, de hoc enim teſtatores plerumque ſpecialem diſpoſitionem teſtamentis ſuis inſerere ſolent. Hac apertura facta, tabulæ iterum obſignandæ ad futuram aperturam ſolennem.

Fit autem *ſolennis* coram judice, citatis teſtibus, ad recognoſcendam manum & ſigilla ſua, nec non heredibus & omnibus, quorum intereſt, ut in horum præſentia recognitio ſuſcipiatur, *v. l.* 45. *ſeqq. ff. h. t.* Carpz. *P.* 3. *C.* 5. *Def.* 24. & 25.

Talis ſolennis apertura apud nos admodum rara eſt, & ſic quoque exiguus hujus diſtinctionis uſus remanet.

Idem dicendum eſt de diſtinctione altera inter *aperturam* & *publicationem*, ſive relationem ad archivum, quæ in teſtamento, privata fide facto requirebatur, ut tale teſtamentum pro inſtrumento publico nunc reputaretur, Lauterbach. *Comp. jur. h. t.* Hodie enim, quia teſtamenta vel in ipſis judiciis ſtatim inſinuantur, vel tamen coram notario & teſtibus conficiuntur, publica fide jam pollent, nec tali publicatione opus habent. Quod ſi quis per publicationem nudam prælectionem intelli-

gere vellet, prout alias accipitur illud vocabulum, v. g. in publicatione ſententiæ, rotuli teſtium, &c. tunc quidem concedendum eſſet, eam adhuc hodie eſſe neceſſariam, ſed tamen hoc pacto alius dicto vocabulo ſenſus affingeretur, quam ex præſenti titulo illi competit, conf. Carpzov. *d. Def.* 25.

LIB. XXIX. TIT. VII.

De jure codicillorum.

DISTINCTIO I.

Inter *teſtamentum* & *codicillum.*

DIfferentia non exigua tam intuitu ſubſtantialium *internorum*, quam *externorum* ſeſe hic exſerit.

Quoad *interna.* In codicillo non habet locum *heredis inſtitutio directa*, nec hereditatis ademtio, nec ſubſtitutio, nec heredi, jam ante in teſtamento pure inſtituto, conditio adſcribi poteſt, hoc enim revera novam involveret heredis inſtitutionem, &c. §. 2. *J. de Codicill.* Hæc omnia autem in teſtamento quin fieri poſſint, nemo eſt, qui dubitat.

Quoad *externa.* In codicillis *quinque* ſaltem *teſtes* requiruntur, *l. f.* §. *ult. C. de Codicill.* in teſtamentis vero *ſeptem.*

In

In codicillis non opus eſt *rogatione ſolenni*, *d. l. f.* bene tamen in teſtamentis.

In codicillis etiam *mulieres* admittuntur ad teſtimonium ferendum, non tam ex legum diſpoſitione (argumentum enim, quod communiter ex *l. 1. pr. ff. de teſtib.* & ex *l. 20. §. 6. ff. qui teſtam. fac. poſſ.* deſumere ſolent, parum ſtringere videtur,) quam recepta DD. opinione; ſed in teſtamento nullo modo mulieris teſtimonium admittitur.

In codicillis *legatarii teſtes eſſe non poſſunt*, quia principale negotium ad illos pertinet; in teſtamentis utique poſſunt, ob rationem illam ceſſantem, conf. §. 11. *J. qui teſtam. fac. poſſ. junct.* §. *praec.* 10. *eod.*

In codicillis non requiritur *ſubſignatio teſtium*, *v. d. l. f.* §. *f. in f. C. de Codicill.* bene autem in teſtamentis, ubi ſola ſubſcriptio neutiquam ſufficit.

Addi poſſunt & ſequentia: Poteſt quis *cum duobus Codicillis decedere*, §. 3. *J. de Codicill.* (modo non ſint ſibi invicem contrarii, tunc enim poſteriores ſolum valent, *l. 3. C. eod.*) ſed duo teſtamenta non ſubſiſtunt, neque ex ſingulis hereditas pro dimidia parte acquiritur. Scilicet duo univerſalia absque contradictione non ſubſiſtunt, bene tamen duo particularia.

Codicilli *nuda voluntate contraria* revocantur, *v. pr. J. de ademt. legat.* & ne quidem quinque teſtes requiruntur, ſed duo ſuffici-

Digitized by Google

unt, Illuſtr. Stryk. *in not. ad Lauterbach. h. t. verb. V. teſtibus.* aſt vero teſtamenta per nudam contrariam voluntatem non tolluntur, ſed per nouam demum heredis inſtitutionem, aut per lapſum decennii poſt confectum prius teſtamentum, *l. 27. C. de teſtam.* v. *Doctr. ff. tit. de iniuſt. rupt. irrit. fact. teſt.* §. *VII.*

Olim quoque in codicillis *tutor dari non poterat*, *l. 3. pr. ff. de teſtam. tutel.* bene tamen in teſtamento, & hinc ſi in codicillis datus erat, confirmari debebat; ſed cum hodie, prout ſupra dictum, teſtamentarii etiam confirmatione magiſtratus indigeant, hinc illa diverſitas non amplius attendenda erit.

LIB. XXX. XXXI. XXXII.

De legatis & fideicommiſſis.

DISTINCTIO I.

Inter *legata* & *fideicommiſſa uniuerſalia.*

Poſtquam hodie legata & fideicommiſſa particularia in omnibus ſibi exæquata, *v. l. 2. C. commun. legat.* ergo ſaltem de uſu diſtinctionis inter fideicommiſſa uniuerſalia & legata agendum erit.

Illud autem exigui momenti eſt, quod legata *per modum præcepti* (vel legis, v. Ulpian. fragm.

fragm. tit. 24. §. 1.) fideicommiſſa univerſalia autem *per modum rogationis* fiant; nam & in particularibus fideicommiſſis alter rogatur, & tamen hæc rogatio propterea peculiarem aliquem effectum non producit.

Ergo illud præcipue obſeruandum, quod in fideicommiſſarium *onera hereditaria pro rata transferantur*, §. 7. *J. de fideicommiſſ. hered.* non vero in legatarium, quia legatum ſine omni onere eſt, *l.* 36. *ff. de legat.* 2. *ibi; eſt donatio.* Et ſic fideicommiſſarius *juris* ſucceſſor dici poteſt, non autem legatarius.

Legatarius *non poteſt cogere heredem*, ut invitus adeat hereditatem, (v. quæ ſupra in materia de teſtamento deſtituto diximus (ſed hoc fideicommiſſario permittitur in *d.* §. 7. *J. de fideicomm. hered.* adeo, ut tunc fiduciarius quartam ſuam detrahere nequeat, ſed quemadmodum nullum damnum ulterius ex hereditate eiusque occaſione ſentit: ita quoque nullum commodum prætendere poſſit.

Denique fideicommiſſarius quatram *Trebellianicam*, legaiarius autem *Falcidiam* detrahit, inter quæ duo quid interſit, infra ſuo loco dicetur.

DISTINCTIO II.

Inter fructus futuros *reſtrictive* & *demonſtrative* legatos.

TOta res, quantum quidem ad conceptum rite de hac diſtinctione formandum attinet,

Digitized by Google

net, eo recurrit, ut videamus, an teſtator *fru-ctuum legatorum in una propoſitione*, & *fundi*, ex quo illi deſumendi, *in altera ſeparatim* mentionem injecerit, utrum vero & fructus & fundum *in una propoſitione coniunxerit*. Priori caſu, v. g. ſi dixerit, *Titio do lego centum amphoras vini, quas ex vinea mea habebit*, fundus *demonſtrative* adiectus eſſe dicitur; poſteriori autem, ſi verba ita concepta: *Titio ex vinea mea centum amphoras vini do lego*, adjectio fundi *reſtrictive* facta eſt.

Uſus in eo conſiſtit, quod illo caſu, ſi fundus *demonſtrationis* gratia ſaltem adjectus fuit, quantitas legata nihilominus debeatur, quamvis in fundo adjecto ne minimum quidem natum fuerit, *l*. 12. *ff. de alim. legat.* quilibet enim videt, quod quia teſtator ab initio ſimpliciter dixerat: *Titio do lego centum amphoras vini*, quod, inquam, deinde demonſtrationem in favorem legatarii adjecerit, ut eo citius quantitatem legatam ex certo aliquo fundo conſequi poſſet, quis vero hoc, ſi ibi nihil natum, contra intentionem teſtatoris in legatarii odium detorquere vellet?

Aliud, ſi fundus *reſtrictive* adiectus, tunc enim teſtator præſtationem legatæ quantitatis ad certum fundum reſtrinxit, & ſic, ſi nihil naſcitur, nihil etiam debetur: ſin parum naſcitur, parum etiam conſequitur legatarius, *l*. 8. §. 2. *ff. de legat*. 2.

Adhuc alius ſuppetit uſus. Quando enim fundus

fundus *reſtrictive* (ſive *taxative*) adjectus, legatarius fundum illum tacite obligatum habet, ſecus ſi demonſtrative, ubi jure perſonali ſaltem gaudet, ſed tamen in concurſu creditorum in quarta claſſe locatur, & ſic omnibus chirographariis anteponitur. Quamvis vero hæc aſſertio, quantum quidem mihi conſtat, ex textibus juris non ita clare probetur, uſu tamen, ut dicunt, ſervatur, de quo vid. Brunnem. *Proc. Conc. Cred. Cap.* 5. §. 51. *num.* 8. & §. 62.

DISTINCTIO III.
Inter jus accreſcendi *heredibus* & *legatariis* competens.

QUam maxime differunt hæ duæ ſpecies? Scilicet *heredibus* jus accreſcendi *ſimpliciter* & *ſemper* competit *immediate ex legis diſpoſitione*, idque ex ea ratione, quoniam alias portio deficientis heredis ad heredes ab inteſtato devolveretur, quod tamen impingeret in famoſam illam *l. 7. ff. de R. J.* Ex quo ſimul obiter notari poteſt, ſubſtitutionem breviloquam, de qua loquitur Tribonianus in §. 1. *J. de vulg. ſubſt. ibi: vel invicem ipſi, qui heredes inſtituti ſunt*, hodie plane eſſe otioſam atque fruſtraneam, & illis ſaltem temporibus uſum aliquem præſtitiſſe, ubi per legem Papiam Caducariam portio deficiens ſine tali ſubſtitutione ad fiſcum deferebatur, conf. *l. un.*

C. de

C. de caduc. tollend. ibique Gothofred. in not.

Quantum vero ad *legatarios* attinet, illis jus accreſcendi non competit, niſi *conjuncti* ſint intuitu unius ejusdemque rei, & ipſis partes reales adſcriptæ non fuerint. Ergo conjuncti non ſunt, ſi Titio ædes & Mevio centum legantur. Nec conjuncti cenſentur, ſi Titio pars fundi, quæ flumini, & Mevio ejusdem pars altera, quæ viæ proxima, eſt relicta, conf. *l. 1. pr. ff. de uſufr. accreſc.* Quod autem in legatariis talis conjunctio neceſſario requiritur, exinde provenit, quia ratio, ante adducta, ex *l. 7. ff. de R. J.* ad legata applicari nequit, id eſt, quamvis unus ex legatariis vel non posſit, vel non velit rem ſibi legatam acceptare, illa tamen nihilominus ad heredes ab inteſtato non ſtatim devolvitur, ſed heredi in teſtamento ſcripto cedit. Interim, quot diverſæ conjunctionum ſint ſpecies, de eo nunc ulterius disquirendum erit.

DISTINCTIO IV.

Inter conjunctionem *realem*, *verbalem* & *mixtam*.

R*Ealis* eſt, quando duo legatarii *in duabus propoſitionibus* deprehenduntur, ad eandem tamen rem concurrunt, v. g. *Titio lego ædes meas, Cajo do lego ædes mas.* Hi ita denotantur o. o.

Verbalis dicitur, quando illi duo legatarii *in*

in una propoſitione per conjunctionem copulativam conjunguntur adjecta voce: *æquis partibus*, v. g. *Seio & Mevio do lego ædes meas æquis partibus.* Indicantur hoc modo o -- o.

Mixtam appellant, quando itidem collegatarii in una propoſitione conjunguntur, ita tamen ut verba: *æquis partibus, non ſint adjecta*, v. g. *Modeſtino & Paulo do lego ædes meas. v. l. 89. ff. de legat. 3. l. 142. ff. de V. S.* Denotantur ita: o ⋈ o.

Quid ergo, *ſi omnes illi ſex legatarii legatas ædes acceptarent*, quæritur, quot earum partes conſtituantur? Ad numerum perſonarum hic reſpici non poteſt, alias enim ſex fierent portiones, ſed ita formanda eſt regula: *quot ſunt propoſitiones, tot ſiunt portiones.* Sed vero quatuor ſolummodo propoſitiones adſunt, ergo etiam plures portiones conſtitui nequeunt. Ergo *Titius* primam, *Cajus* ſecundam, *Sejus & Mevius* tertiam, *Modeſtinus & Paulus* quartam portionem conſequuntur.

Quid vero, *ſi unus ex illis ſex legatariis deficiat*, quæritur, cuinam deficientis illius portio accreſcat? Tota res ex hoc fundamento decidenda eſt, ut ad conjunctionem civilem, quæ inter legatarios intercedit, reſpiciamus, quorundam enim intuitu illa arctior eſt, aliorum reſpectu autem laxior. Ergo *ſi re conjunctus deficit*, illius portio vacans omnibus reliquis accreſcit, quia ſcilicet re conjunctus cum nemine in eadem propoſitione deprehenditur

tur,& ſic omnes ipſi æque proximi ſunt. Portio vacans iterum juxta regulam prius adductam dividitur, ut tot fiant ſubportiones, quot ſunt propoſitiones.

Quod *ſi vero verbis aut mixtim conjunctus deficit*, ipſius portio non reliquis omnibus adcreſcit, ſed ei ſolummodo, qui in eadem propoſitione per copulam ET conjunctus deprehenditur, hic enim reliquis proximior eſt, v. Lauterbach. *Comp. jur. h. t.* Præ aliis autem hanc materiam perſpicue propoſuit Struv. *Jurispr. Rom. Germ. for. lib.* 2. *Tit.* 23. *aphor.* 19. add. Julius Pacius *in anal. inſt. ad* §. 8. *J. de legat.* Scio equidem nonnullos hic ſcrupulos movere, dum re conjunctis non jus *accreſcendi*, ſed jus *non decreſcendi* tribuunt, & quæ ſunt ejusmodi ſubtilitates aliæ; ſed in verbis ſimus faciles, modo in re conveniamus. Dubiis etiam, quæ adferri poſſent contra hanc noſtram doctrinam, facile ex fundamentis adductis reſponderi poterit.

Quæritur autem ultimo loco: *Utrum ille, cui adcreſcit portio deficientis, hujus etiam onus in ſe recipere*, (id eſt, an conditionem, huic adſcriptam, expectare, vel legatum ipſi impoſitum præſtare,) *teneatur?* Reſponſio ex regula ante adducta deſumitur. Si deficit verbis aut mixtim conjunctus, collegatarius onus ſine dubio agnoſcere tenetur, quia eſt in eadem pro-

propoſitione, ſecus autem in re coniuncto deficiente, *v. l. un.* §. 11. *C. de caduc. toll.*

LIB. XXXIII. TIT. VII.

De inſtructo vel inſtrumento legato.

DISTINCTIO I.

Inter fundum *inſtructum* & *cum inſtrumento* legatum.

FUndus *cum inſtrumento* legatus nihil amplius involvit, quam ut legatarius ea ſimul cum fundo conſequatur, quæ fructuum quærendorum conſervandorumque cauſa comparata ſunt, *l.* 8. & *l.* 12. *ff. h.t.* Germanice poſſes vocare die Hoffwehr / vel iuxta ſtylum aliorum locorum die Beſatzung. Fundus *inſtructus* autem plus comprehendit, nempe ea, quæ paterfam. uſus & ornamenti gratia ibi habuit, v. g. den Haußrath / die Mobilien / quo & veſtes pertinent, & bibliotheca & id genus alia, non vero, quæ cuſtodiæ ſaltem cauſa in fundo fuerunt, *v. d. l.* 12. §. 27. 28. *ſeqq. ff. eod.*

Illud quoque notabile eſt, quod particula: *cum*, nec non particula: &, maximam diver-

verſitatem involvat, ſi inſtrumento legato adjiciatur. Scilicet, ſi ita dixit teſtator: *Fundum cum inſtrumento do lego*, inſtrumentum loco acceſſorii habetur, & per conſequens, ſi fundus interiit, illud non debetur. At ſi verba legati ita concepta: *Fundum & inſtrumentum do lego*, utrumque tanquam principale conſideratur, & hinc licet unum interiiſſet, alterum tamen nihilominus adhuc debetur, *v. l.* 5. *ff. h. t.* ubi quidem Labeonis ſententia ab opinione Pauli recedere videtur, Labeo tamen Pauli ſententiam deinde haud obſcure adprobat. Poſſet hinc deciſio ſumi, ſi quis ita dixiſſet: **Er vermache Cajo ſein Pferd nebſt Sattel und Zaum**/ vel ſi hiſce formalibus uſus eſſet: **Er vermache ihm das Pferd wie auch Sattel und Zaum.**

LIB. XXXIV. TIT. I.
De alimentis & cibariis legatis.

DISTINCTIO I.

Inter legatum *alimentorum* & *cibariorum*.

Cibariis (vel *diariis*) relictis neque habitationem, neque veſtiarium, neque calciarium deberi palam eſt, quoniam de cibo

cibo tantum ſenſit teſtator. Ita pronunciat Ulpianus in *l. 21. ff. h. t.* (Pandectæ tamen Haloandrinæ pro *calciarium* recte legunt *calcearium*) ſub nomine *alimentorum* vero hæc tria comprehenduntur: *cibaria*, *veſtitus* & *habitatio*, quia ſine his corpus ali non poteſt, prout hoc definit Javolenus *in l. 6. ff. h. t.* Unde legatum alimentorum pinguius eſt, quam *cibariorum*. Germanice cibarium commode exprimeretur per vocem: die freye Koſt/ alimenta vero per vocabulum: die völlige Unterhaltung.

DISTINCTIO II.

Inter alimenta *ex lege & ex propria voluntate* præſtanda.

PRiori caſu, quando v. g. pater ad alimenta liberis ſuppeditanda immediate ex legis diſpoſitione obligatur, ſub vocabulo alimentorum etiam ſumtus ſtudiorum comprehenduntur, *arg. l. 6. §. 5. ff. de Carbon. Edict.* Gothofred. *ad l. 4. f. ubi pupill. educ. deb. poſteriori* ſecus eſt, *l. 6. ff. de alim. vel cibar. legat.* ibique Gothofred. Colerus *de aliment. lib. 2. c. 1. n.* 10. Surdus *de aliment. tit. 4. qu. 6. num. 4.* medicamenta tamen, lectus & ſtramenta, pro ratione perſonæ etiam vectura, nec non ligna, nomine alimentorum ubique veniunt, conf. Brunnem. *ad l. 6. ff. h. t.*

LIB. XXXIV. TIT. II.

De auro, argento, mundo, ornamentis, unguentis, veſte vel veſtimentis & ſtatuis legatis.

NOn opus eſſe exiſtimo, ut pro ratione inſtituti mei ſingulas haſce ſpecies percurram, & quid ſub iisdem comprehendatur, fuſe explicem: illud enim facile patet, veſtitum noſtrum ab eo, qui quondam Romanis in uſu erat, toto cœlo diverſum eſſe, & ſic deſcriptionem ejusdem uſum aliquem nobis præſtare non poſſe. Species, ad geradam pertinentes, recenſent Hartm. Piſtor. *lib.* 1. *qu.* 32. *num.* 10. Goldbeck *de Gerada c.* 2. *n.* 24. Finckelth. *Obſ.* 81. *num.* 56. Sed & hic ex evolutione patebit, nonnullas ſpecies apud nos non amplius in uſu eſſe, quia Germanorum ornamenta & veſtimenta tam ſæpiſſime mutantur. Quod ſi ergo a temporibus præcedentibus ad præſentia Germanorum non valet argumentum, quanto minus ad Romanorum ævum recurri poterit.

LIB.

Digitized by Google

Lib. XXXV. Tit. I.

De conditionibus & demonſtrationibus & cauſis & modis eorum, quæ in teſtamento ſcribuntur.

DISTINCTIO I.

Inter conditionem *expreſſam* & *tacitam*.

EXpreſſa vocatur, quæ alias ex natura rei non adeſt, ſed de novo adjicitur, *v. g. ſi ſervum ſuum manumiſerit: ſi navis ex Aſia redierit*, &c. *Tacita* autem, quæ jam ſine ſpeciali adjectione ex natura ipſius negotii ſubintelligitur, v. g. in legato fructuum futurorum, *ſi aliquid in fundo natum fuerit.*

Uſus in eo conſiſtit, quod prior *ſuſpendat obligationem*, & ſic legatarius, ea pendente decedens, ad heredes ſuos nihil transmittat, quia dies nondum ceſſit, *l.* 5. §. 2. *ff. quand. dies legat.* (aliud in contractibus, §. 4. *J. de V. O.* de quibus tamen jam non eſt ſermo.) Poſterior *executionem* ſolum *ſuſpendit*, unde licet legatarius ante meſſem, vindemiam, &c. moriatur, ejus tamen heredes nihilominus omne id, quod in vinea, vel alio fundo natum fuerit, conſequuntur, *l.* 99. *ff. de condit. & demonſtrat.*

DISTINCTIO II.

Inter conditionem *poteſtativam* & *caſualem*.

IN *poteſtativa* eventus conditionis principaliter ab arbitrio ejus dependet, cui adſcripta eſt, v. g. *ſi ſervum ſuum manumiſerit, ſi Cajo centum dederit, &c. v. l. un.* §. 7. *C. de caduc. toll.* at in *caſuali* ejusdem arbitrio nihil omnino eſt relictum, ſed omnia a caſu, ut gentiles loquebantur, vel ſtylo Chriſtiano, a directione & providentia divina proveniunt, v. g. *ſi navis ex Aſia redierit*, &c.

Uſus in duobus præcipue conſiſtit. (1.) *Poteſtativa* quidem filio quoad bona ultra legitimam (legitima enim ipſa nullum plane gravamen admittit) adſcribi poteſt, non vero *caſualis*, *l. 4. pr. ff. de hered. inſtit.* Hæc ergo ſi adſcripta fuit, vitiatur, Brunnem. *ad l. 4. C. de inſtit. & ſubſtit. n.* 6. quod idem obtinet, ſi poteſtativa legitimæ adjecta fuerit, *l. 32. C. de ineff. teſtam.*

(2.) *Caſualis* quandocunque impleatur, nihil intereſt, *poteſtativa* autem tantum poſt mortem teſtatoris eſt adimplenda *l. 2. ff. de cond. & demonſtr.* antea enim nondum conſtat de perſeverante teſtatoris voluntate, & ſic ante mortem impleta, adhuc ſemel eſt adimplenda. Exceptio eſt, niſi conditio non ſit iterabilis, v. g. *ſi Cajam duxerit*, *l. 10. pr. ff. eod.*

DI-

DISTINCTIO. III.

Inter conditionem *poteſtativam* & *mixtam*.

HAſce duas ſpecies ita a ſe invicem communiter diſtinguunt, quod in *poteſtativa* eventus conditionis ab ejus ſolius arbitrio dependeat, cui ejusmodi conditio adſcripta fuit, *v. Diſt. præced.* Sed vero in *mixta* cum tali arbitrio etiam caſus fortuitus concurrat, & ab hiſce duobus dependeat ejusdem exiſtentia, v. g. *ſi Meviam in uxorem duxerit*, ubi ſcilicet incertum eſt, utrum Mevia petitioni meæ locum ſit conceſſura.

Hic ante omnia notandum eſt, quod adlata diſtinctio in Digeſtis non occurrat, ſed poteſtativa & caſualis ibi ſaltem ſub nomine conditionum *promiſcuarum* & *non promiſcuarum* ſibi invicem opponi ſoleant, *v. l.* 11. *ff. de cond. & demonſtr.* Origo ejus itaque ex codice repeti debet, & quidem ex *l. un.* §. 7. *C. de caduc. toll.*

Verum enim vero ſi dicendum, quod res eſt, nulla unquam datur conditio poteſtativa, quæ pure talis ſit, & quæ non aliquid admixtum habeat, quod a caſu & eventu incerto dependet. Nam & in illa conditione: *Si Titio decem dederis*, Titii voluntas libera concurrit, cum forſan recuſare Titius pecuniam, vel jam mortuus eſſe poſſit eo tempore, quo pecunia

ipſi eſt offerenda, conf. omnino *l.* 4. §. 1. *ff. de hered. inſtit.* Idem de reliquis, communiter adferri ſolitis, ſtatuendum, v. g. *ſi Titius Alexandriam pervenerit, heres eſto*, item *ſi Capitolium adſcenderit*, &c. quod fuſe perſequitur Illuſtr. Thomaſius *Diſſert. Lipſ. de Filio, ſub cond. ſi ſe fil. probav. inſtit. Cap.* 2. §. 18. 19. 20.

Ex quo conſequitur, quod conditio poteſtativa & mixta, *quatenus ab initio conſiderantur, & in ſpe adhuc exiſtunt*, revera ab invicem non ſint diſtinctæ, & ſic quoque præſens diſtinctio uſum aliquem præſtare non poſſit. Prædicata ſiquidem conditionis poteſtativæ ad mixtam quoque quadrant tam affirmative, quam negative. Differentia tamen theoretica admitti poteſt *reſpectu exiſtentiæ* utriusque conditionis. Vel enim *caſus* (ſub quo etiam factum alterius comprehenditur) *impediit eum*, qui conditionem ejusmodi adimplere voluit, vel *non impediit*. *Priori* caſu *mixta* vocari poſſet, quæ a *caſuali* in eo eſt diſtincta, quia in mixta caſus evenit ex accidenti, in caſuali autem ab initio ſtatim neceſſario comprehenſus fuit. *Poſterior* autem propter deficientiam caſus ſimpliciter *poteſtativa* appellabitur. Sed ut dixi, hæc theoretica ſaltem ſunt, & *ratione facultatis diſponendi* differentiam aliquam nullatenus inducunt, unde eadem in hunc ſolummodo finem, ut Tribonianum, autorem præſentis diſtinctionis, quadantenus excuſaret,

addu-

adducta ſunt ab alleg. Dn. Thomaſio *d. c. 2. §. 22.*

Scio quidem, nonnullos diſtinctionis uſum circa quæſtionem de impedimento adimplendæ conditionis, an ſcilicet illa *ex facto hominis*, an *a caſu* proveniat, oſtendere voluiſſe, ad conciliandos textus, qui in ff. ſibi e diametro in hac materia obſtare videntur; ſed cum Pandectæ mixtam conditionem ignorent, non video, quomodo hoc congrue fieri queat. Ipſam veterum JCtorum diſſenſionem hac parte in ff. occurrentem examinavit & oſtendit cit. Dn. Thomaſius *d. c. 2. §. 25. ſeqq.*

DISTINCTIO IV.

Inter conditionem *poſſibilem* & *impoſſibilem*.

PRior & teſtamentis & contractibus adjecta actum ſuſpendit, ita tamen, ut in contractibus perinde ſit, ſive vivo contrahente, ſive eo mortuo exiſtat, nam effectus pactorum ad heredes indiſtincte pertinet, *v. §. 4. J. de V. O.* teſtamentis vero adjecta, vivo eo, cui adſcripta fuit, exiſtat, neceſſum eſt, alias enim, quia dies nec ceſſit, nec venit, ad heredes nihil transmittitur, *v. Diſt. I. h. t.*

Poſterior contractibus iterum valide adjicitur, eosque vitiat juxta vulgatum logicorum canonem, quod conditio impoſſibilis vim negandi habeat, v. §. 10. *J. de inut. ſtipul.* at in ultimis

timis voluntatibus contrarium obtinet. Has enim non vitiat, ſed ipſa potius vitiatur, id eſt, pro non adjecta habetur, §. 10. *J. de hered. inſtit.* Ratio differentiæ eſt, quia in contractibus alter, cui promittitur, præſens eſt, qui ſibi per proteſtationem proſpicere potuiſſet, quod dum non fecit, jocatus eſſe cenſetur, non minus ac promittens. At in ultimis voluntatibus nec heres, nec legatarius, nec fideicommiſſarius præſens cum teſtatore paciſcitur, & hinc ſibi per pactum & proteſtationem proſpicere non valet. De teſtatore autem, quod jocatus fuerit, non præſumitur, præſumtione juris & de jure, id eſt, teſtator non debet jocari. Scilicet, in contractibus jocus quidem permittitur, non autem in ultimis voluntatibus, quæ ſeriæ eſſe iubentur a legibus.

DISTINCTIO V.

Inter conditionem *impoſſibilem & turpem.*

SI *affirmative* adjiciuntur hæ conditiones, tunc in effectu inter utramque non eſt differentia, utraque enim in contractibus excludit conſenſum, prout modo ad *diſt. præc.* de conditione impoſſibili in genere dictum fuit; e contrario etiam utraque in teſtamentis pro non adjecta habetur, & ſic vitiatur. Unde turpis conditio ſub appellatione impoſſibilis communiter venire, & hæc in eam, quæ *facto*, & quæ

& quæ *jure* talis eſt, diſpeſci ſolet. Priorem non *poſſumus*, poſteriorem non *debemus* implere, *v. l.* 14. & 15. *ff. de condit. inſtit.* in qua ultima Papinianus dicit: *quod quæ facta lædunt pietatem, exiſtimationem, verecundiam noſtram, & (ut generaliter dixerim) contra bonos mores fiunt: nec facere nos poſſe credendum eſt.*

Quod ſi vero *negative* exprimuntur dictæ conditiones, in materia centactuum adhuc ſupereſt uſus aliquis. Quid enim ſi centum promiſerim ſub hac conditione: *ſi Cajum non occiderit, ſi furtum non fecerit, &c.* atque alter promiſſionem meam ſub eadem conditione acceptaverit? Nihil conſequetur. *arg. l.* 61. *ff. de V. O. l.* 7. §. 3. *ff. de pact.* gratis enim debebat hoc alter intermittere, neutiquam vero propterea lucrum aliquod acceptare, unde ſi quid ex tali promiſſione ſolutum, tanquam indebitum iterum repeti poteſt, *l.* 4. §. 2. *ff. de condict. ob turp. cauſ.*

Dico in materia *contractuum*. Nam in *teſtamentis* nunquam vitiatur heredis inſtitutio, ſive turpis conditio affirmativa, ſive negativa fuerit. Ratio, quia heres vel legatarius præſens non eſt, nec promiſſionem teſtatoris acceptat, & ſic ex eius acceptatione, quæ non facta eſt, turpitudo aliqua deduci nequit.

Hæc de conditione *turpi*. Quod vero *impoſſibilem natura* attinet, ea ſi *negative* ſit concepta, ſive contractibus, ſive teſtamentis adji-

ciatur, nunquam vitiat negotium, ſed ubique detrahitur §. 11. *J. de inutil. ſtipul.* ſecus, ſi *affirmative*, de quo ad *diſt. praced.* paulo ante egimus.

DISTINCTIO VI.

Inter conditionem *impoſſibilem & difficilem*.

PRior vocatur, quæ toti humano generi, in univerſum conſiderato, omnibusque & ſingulis ejusdem individuis impoſſibilis eſt; *poſterior*, quæ a certis ſaltem individuis præſtari nequit, *v. g. ſi Titius eo momento, quo me ipſum heredem inſtituiſſe comperit, Cajo mille thaleros exſolverit.*

Quid circa *priorem* juris ſit, hactenus aliquoties dictum fuit. *Poſterior* autem, non ſolum in contractibus, ſed in ipſis etiam ultimis voluntatibus adimplenda eſt, ſi quis effectu diſpoſitionis teſtatoris perfrui deſideret, *l.* 4. §. 1. *ff. de ſtat. liber.* ita Paulus. Sed Ulpianus in omnia alia abit in *l. 6. ff. de condit. inſtit. Si quis ita inſtitutus ſit*, inquit, *ſi monumentum poſt mortem teſtatoris in triduo proximo mortis eius feciſſet; cum monumentum in triduo perfici non poſſit, dicendum erit, conditionem evaneſcere, quaſi impoſſibilem.* Quid ergo faciemus cum Paulo & Ulpiano? Paulum de ſtricto iure, Ulpianum autem de æquitate intelligendum eſſe putat Dn. Thomaſ. *cit. Diſp. de filio, ſub cond. ſi ſe fil. prob. inſt. c.* 2. §. 14. Alii *d. l. 6.* de eo

caſu

caſu intelligunt, ſi teſtator credidit, conditionem eſſe impoſſibilem, id eſt, monumentum intra præfixum triduum ob concurrentes circumſtantias, ab herede perfici non poſſe, *l. 4. §. 1. ff. de ſtat. lib.* autem de eo, ſi teſtator adſcriptam conditionem facile impleri poſſe exiſtimaverit, v. Zœſius *ad tit. ff. de cond. inſtit. num.* 3. conf. B. Stryk. *in not. ad Lauterb. d. tit. verb. per accidens.* Sane, ſi tales interpretationes admittere nolis, vix eſt, quin antinomiam ſtatuere cogaris. Sit cuilibet ſalvum judicium ſuum.

DISTINCTIO VII.

Inter conditionem *faciendi* & *non faciendi.*

CONditio *faciendi*, v. g. *ſi Titius Cajo ædificium exſtruxerit, heres eſto*, legatum tamdiu ſuſpendit, donec Titius factum injunctum revera præſtiterit, prout hoc ex natura conditionum poſſibilium jam patet: aſt conditio *non faciendi* (quæ etiam *contraria* vocatur) non ſuſpendit, ſed legatum, vel hereditas hoc modo relicta: *ſi Dreſdam non iverit*, ſtatim debetur, modo tamen perſona honorata cautionem Mutianam præſtet, ſe rem acceptam iterum reſtituturam eſſe, ſi conditioni adſcriptæ contravenerit, *l. 7. l. 18. l. 73. ff. de cond. & demonſtr.*

Supponitur autem, talem eſſe conditio-

nem

nem non faciendi, quæ ante perſonæ honoratæ mortem exiſtere non poſſit, qualis erat, quam modo adduxi; Nam ſi ita dixerit teſtator: Titius heres eſto, *ſi ab uxore ſua non diverterit*, expectandus eſt eventus, quia quamprimum moritur uxor Titii, ſtatim certum eſt, conditionem exiſtere amplius non poſſe, unde tunc cautioni Mutianæ locus non eſt, *l*. 101. §. 3. *ff. d. t.*

DISTINCTIO IIX.

Inter conditionem *claram* & *perplexam*.

CLara interdum ſuſpendit & evertit ultimam voluntatem, interdum non, prout juxta hactenus adlata vel poſſibilis eſt, vel impoſſibilis: ſed *perplexa* diſpoſitionem ſemper vitiat. Unde ſi teſtator ita ſcripſit: *ſi Titius heres erit, Sejus heres eſto: ſi Sejus heres erit, Titius heres eſto*, Julianus inutilem eſſe inſtitutionem ſcribit, cum conditio exiſtere non poſſit, referente Marciano in *l*. 18. *ff. de cond. inſtit.* Equidem Illuſtr. Thomaſius jamdum oſtendit in der Ausübung der Vernunfft-Lehre *cap*. 3. §. 78. quod juxta principia genuina interpretandi adducta verba inſtitutionis ad perplexa non pertineant, ſed hunc potius ſenſum ex præſumta teſtatoris voluntate habeant, quod uterque & Titius & Sejus heres eſſe debeat; verum

verum in praxi ſine dubio adhuc juxta ſubtilitatem Romanam pronunciabitur.

DISTINCTIO IX.

Inter *conditionem* & *diem.*

DIfferunt hæc duo ratione quæſtionis: *an?* ſcilicet *in conditione* plane incertum eſt, *an extiturum ſit illud*, quod promiſſioni adjectum, v. g. an navis ex Aſia ſit reditura, an Titius Cajam ducturus, an ſervum ſuum ſit manumiſſurus, & quæ ſunt ejusmodi plura alia. At vero *in die* hæc quæſtio certa eſt.

Uſus in transmiſſione legatorum & hereditatum ſeſe exerit. Scilicet ſi legatarius pendente conditione moritur, nihil ad heredes transmittit, quia dies nondum ceſſit, *v. Diſt. I. & IV. h. t.* at ſi ante adventum diei moritur, tunc interdum transmittit, interdum non, prout hoc ex ſequenti diei ſubdiviſione melius patebit.

DISTINCTIO X.

Inter diem *certum* & *incertum.*

HIc ulterius differentia intuitu quæſtionis: *quando?* deprehenditur. Si enim hæc certa eſt, v. g. ſi dicam, *Titio do lego centum, elapſo primo poſt mortem meam anno*, tunc *dies* quoque *certus* vocatur; ſin vero illa certitudinem

nem non habet, v. g. *Titio do lego centum, cum Sempronius morietur*, tunc exinde *dies incertus* nominari conſuevit.

Uſus hic eſt. Quotiescunque dies certus ultimis voluntatibus adjicitur, tunc nondum quidem venit dies, ſed ceſſit tamen, & ergo licet perſona honorata ante diei adventum moriatur, jus ſuum nihilominus ad heredes transmittit, *l. 213. ff. de V. S.* quia defunctus *certo ſcivit*, ſe legatum vel hereditatem aliquando eſſe conſecuturum. At ſi dies incertus adeſt, nec cedit, nec venit dies, ante diei adventum. Unde ſi in exemplo adducto Titius, tanquam legatarius, ante Sempronium diem obiret ſupremum, ejus heredes poſtmodum, mortuo etiam Sempronio, nihil conſequi poſſent, Titius enim, quamdiu vixit, *nondum certo ſcivit*, an ſuperviveret Sempronium, an non, *v. l. 4. pr. ff. quand. dies legat.*

Nomen *diei incerti* quidem & tunc interdum in legibus uſurpatur, quando utraque quæſtio: *an* & *quando* incerta eſt, v. g. *cum magiſtratum inierit &c. v. l. 21. ff. d. t.* item, quando quæſtio *quando*? certa eſt, non autem quæſtio præjudicialis: *an? d. l. 21.* Verum hic vocabulum diei incerti aliquanto abuſive accipitur, revera enim hic conditio ſubeſt, quod ipſi agnoſcunt DD. v. Gail. 2. *Obſ.* 132. *num.* 1. Carpzov. *P.* 3. *C.* 13. *Def.* 25. Struv. *Juriſpr. Rom. Germ. lib.* 2. *Tit.* 24. *aphor.* 24. Ergo hic idem

Digitized by Google

idem applicandum, quod de conditionibus paulo ante dictum fuit.

DISTINCTIO XI.

Inter *conditionem & modum.*

Conditionem ſuſpendere effectum promiſſionis, ſiue inter viuos illa facta fuerit, ſive in ultimis voluntatibus, jam aliquoties diximus. At in *modo* adjecto ſecus eſt. Sive enim ille ſit *affirmativus*, e. g. *do lego centum, ut Cajam ducat*; ſiue *negativus, ne Cajam ducat*, res promiſſa peti poteſt, modo de adimpletione idonea cautio præſtetur, *v. l.* 40. §. *ff. h. t.* (quæ tamen cum cautione *Mutiana* confundi non debet, de qua ſub *Diſt. VII. h. t.* diximus,) quod ſi tamen modus præſcriptus non adimpleatur, res ſub ſpe futuri implementi data ſine dubio iterum repetitur per condictionem cauſa data cauſa non ſecuta.

Sed hic iterum non leue diſcrimen deprehenditur. Quod ſi enim res, ſub conditione promiſſa, pendente illa conditione tradita fuerit, deficiente poſtea conditione vindicari iterum poteſt, quæ vindicatio aduerſus quemcunque poſſeſſorem recte inſtituitur, conf. *l.* 8. *pr. de peric. & comm. rei vend.* Verum per traditionem, ſub ſpe adimplendi modi factam, dominium reuera transfertur, & ſic danti nihil præter dictam condictionem remanet, quæ tanquam actio perſonalis non adverſus tertium

um poſſeſſorem, ſed adverſus ſolum accipientem inſtitui poteſt, prout ad *tit. ff. de condict. cauſ. dat. cauſ. non ſecut.* a DD. exponi ſolet, v. Struv. *Exerc.* 18. *th.* 17.

DISTINCTIO XII.

Inter *cauſam & demonſtrationem.*

HÆc duo theoretice quidem differunt, non autem quoad effectum. Diſcrimen theoreticum in hoc conſiſtit: *demonſtratio* pertinet ad circumſtantias externas, quæ eapropter exprimi ſolent, ut vel perſona legatarii, vel res promiſſa eo melius ab aliis ſeparari poſſit, v. g. *Titio, huius urbis conſuli, do lego centum*, (hic demonſtratio adiecta eſt perſonæ legatarii,) aut: *Titio do lego ædes meas, quas Cajus mihi nuper donavit*, (hic adjecta eſt rei legatæ.

Cauſa autem denotat cauſam impulſivam, quæ movit promittentem ad hereditatem relinquendam, vel legatum conſtituendum, v.g. *Titio do lego centum, quia mea negotia expedivit.*

In effectu & cauſa & demonſtratio idem prædicatum habent. Falſa cauſa non vitiat legatum nec falſa demonſtratio, *l.* 17. §. 2. *ff. h. t.* Ratio legandi legato non cohæret, inquit Papinianus in *l.* 72. §. 6. *ff. eod.* id eſt, legata non requirunt præexiſtentem cauſam, & ſic de qualitate huius, an vera ſit, an falſa, diſputare ſuperfluum foret. Demonſtrationes que-

quoque non impulerunt teſtatorem ad relinquendum legatum, ſed ſunt merum accidens, quod adeſſe vel abeſſe poteſt ſaluo nihilominus legato.

Hæc *in dubio* ita ſeſe habent. Quod ſi enim heredes liquido probare poſſent, teſtatorem legatum nunquam conſtituiſſe, ſi falſitatem cauſæ adjectæ ſciviſſet, tunc ſine dubio falſa cauſa legato oberit, *d. l.* 72. §. 6. *h. t.* aut ſi cauſa per modum conditionis concepta, v. g. *Titio do lego centum, ſi, ut fertur, negotia mea geſſit*, *l.* 17. §. 3. *ff. h. t.* Sic etiam falſa demonſtratio nocet, ſi *a loco* ſit deſumta, *l.* 108. §. 10. *ff. de legat.* 1. *l.* 8. §. 2. *ff. de legat.* 2.

LIB. XXXV. TIT. II.

Ad legem Falcidiam.

LIB. XXXVI. TIT. I.

Ad SCtum Trebellianum.

DISTINCTIO I.

Inter quartam *Falcidiam* & *Trebellianicam*.

THeoretice ita differunt. Quarta *Falcidia* deducitur ab herede in legatis & fideicommiſſis particularibus, utpote quæ legatis & hac parte ſunt exæquata,

v.pr.J.de Leg.Falcid. Trebellianica autem in fideicommiſſis univerſalibus, *l.* 1. *§.5. ff. ad SC. Trebell.*

Uſus autem in eo conſiſtit: In quartam *Falcidiam* ea ſolummodo imputantur, quæ quis titulo heredis a defuncto teſtatore accepit, non autem quæ legatorum nomine habet, aut quæ per donationem mortis cauſa accepit, *l.*74. *l.*91.*ff. ad L.Falcid.* Sed e contrario etiam onera hereditaria ſolus ferre cogitur, quia legatarii tale quid non agnoſcunt, legatum enim ſine onere eſt. In quartam *Trebellianicam* omnia imputantur, ſiue titulo hereditario, ſive legati, ſive donationis m.c. ſive quocunque alio penes heredem deprehendantur *d.l.*91. *ad L.Falcid.* ipſe vero onera hereditaria non ſolus in ſe recipit, ſed pro rata portione in fideicommiſſarium transfert, §.7. *J. de fideic. heredit.*

Quamvis vero in LL. non raro vocabulum quartæ Falcidiæ de Trebellianica prædicetur, *v. l.*86.*ff. ad L.Falcid.* aliosque textus a Lauterbachio *ad Tit. ad SC. Trebell.* adductos; tunc tamen illud vocabulum paulo abuſive capitur, qui ſignificatus ad nos in præſenti non pertinet, ſed ſtrictus potius, juxta quem utraque quarta ſibi communirer in LL. opponitur.

Ceterum, ex quibus cauſis cesſat Falcidiæ detractio, ex illis quoque Trebellianicæ, v. g. ob prohibitionem teſtatoris, omiſſionem inventarii, favorem piæ cauſæ, &c. In ſpecie tamen

tamen ceſſat Trebellianica, ſi fiduciarius coactus hereditatem adiit, *l. 63. §. 11. ff. ad SC. Trebell.* Fiduciarius enim, quia & ipſe fideicommiſſarius titulo heredis gaudet, ad adeundam hereditatem cogi poteſt, aut ſi fiduciarius adire recuſat, fideicommiſſarius adit: aſt legatarii ita heredem cogere & ipſi adire hereditatem non poſſunt, quia titulum heredis non habent.

LIB. XXXVI. TIT. II.

Quando dies legatorum, vel fideicommiſſorum cedat.

DISTINCTIO I.

Inter *cedere* & *venire* diem.

CEdere tunc dicitur dies, quando legatarius vel fideicommiſſarius *certo ſcit*, ſe legatum vel fideicommiſſum *aliquando eſſe conſecuturum: Venire* autem, quando non ſolum de hoc certus eſt, ſed ſimul etiam *in præſenti* rem illam legatam *petere valet.*

Ex quo ſtatim profluit, quod legatarius, ſi ante mortem ejus dies legati ceſſit, illud ad heredes transmittat, quamvis dies ipſo vivente nondum venerit, & ſic poſſeſſionem rei legatæ non habuerit, ad hoc enim in præſenti materia non reſpicitur, *v. l. 5. pr. ff. h. t.*

 Sed

Sed a quonam tempore *cedit*, & a quonam *venit* dies legati? Reſp. In legato *puro* & cedit & venit dies ſtatim a tempore mortis, *l.* 5. §. 1. *ff. h. t.* niſi ſit perſonale, v. g. Uſusfructus, de quo ſuo loco diximus. In legato *conditionali* nec cedit nec venit dies pendente conditione, ſed tantum ſpes eſt fore, ut aliquando hoc fiat, *l.* 41. *ff. de cond.* &. *l.* 5. §. 2. *h. t.* quamprimum autem exiſtit conditio, dies ſimul & cedit & venit. In legato *in diem certum*, v. g. elapſo anno primo poſt mortem meam, dies ſtatim quidem ceſſit, ſed nondum venit. *l.* 1. §. 2. *ff. de cond.* & *demonſtr. l.* 5. §. 1. *ff. h. t.* In legato *in diem incertum*, v. g. Titio do lego, cum Cajus morietur, idem juris, quod in conditione, *d. l.* 1. §. 2. *ff. de cond.* & *demonſtr.* id eſt, nec cedit, nec venit dies, niſi poſtquam Cajus mortuus eſt, add. *l.* 213. *ff. de V. S.* ubi hæc omnia in compendio exhibentur. Notandum tamen adhuc, quod dies incertus tunc dicatur, *ſi ille perſonæ tertii adjectus eſt*, ut in adducto exemplo factum; Quod ſi enim *perſonæ ipſius teſtatoris* ſit adjectus, v. g. cum moriar, centum do lego, tunc legatum purum eſt, & dies ſtatim cedit & venit a tempore mortis teſtatoris, *v. l.* 18. §. 1. *ff. de manum. teſtam.*

Digitized by Google

LIB. XXXVII. TIT. I.

De bonorum poſſeſſione.

DISTINCTIO I.

Inter *hereditatem* & *bonorum poſſeſſionem*.

Differunt hæc duo præcipue *ratione cauſæ efficientis*, hereditas enim *ex jure civili* provenit, bonorum poſſeſſio autem *a prætore* demum eſt introducta, emendandi utplurimum juris civilis gratia, prout in *pr. J. de bon. poſſeſſ.* dicitur. Prætor enim id ſemper agebat, ut ubi jus civile vetus plerumque ob ſubtilitatem ſuam deficere videbat, ipſe hunc defectum ſuppleret, vel ipſum quoque jus corrigebat atque abrogabat, non tamen aperte, ſed tecte, quia poteſtate legislatoria non pollebat. Idem in præſenti deprehenditur. Bonorum enim poſſeſſio revera nihil aliud eſt, quam hereditas prætoria, ſed quoniam hereditates ex jure civili proprie ſic dicto proveniebant, prætor ab illo vocabulo abſtinebat, vocem bonorum poſſeſſionis in ejus locum ſubſtituens.

Poſſes & hoc addere, quod differentia aliqua *intuitu modi acquirendi* adſit. Hereditas ſcilicet ſolo animo aditur, verbis vel factis declarato, idque ſive in judicio fiat, ſive extra il-

 lud,

Digitized by Google

lud, perinde eſt: aſt bonorum poſſeſſio voluntatis declarationem judicialem requirit, *l. 9. C. qui admitt. ad bon. poſſeſſ. poſſ.*

Hereditatis aditio non poteſt per procuratorem fieri, quia eo ipſo, dum procuratori demandatur aditio, eadem jam eſt facta, & procuratori aliquid ulterius expediendum non eſt relictum, *l. 26. ff. de acquir. vel omitt. hered.* Aſt bonorum poſſeſſionis acceptatio per procuratorem recte expeditur, *l. 3. §. 7. ff. h. t.* quamvis enim ego hic mandaverim, ut procurator meo nomine acceptet, eo ipſo tamen integrum negotium nondum eſt abſolutum, ſed quod ego extra judicium mandavi, procurator deinde in judicio ulterius perficere tenetur.

Hereditatem, ſi creditores non urgeant, adhuc intra 30. annos adire licet, tamdiu enim durat hereditatis petitio: at bonorum poſſeſſio eſt agnoſcenda a parentibus & liberis intra annum, a reliquis vero intra centum dies, §. 4. *in fin. J. h. t.*

Ceterum ratione effectus, ut D D. fatentur, nihil inter utramque hereditatis ſpeciem intereſt, unde Paulus alias admodum ſubtilis fateri cogitur in *l. 138. ff. de V. S.* quod hereditatis appellatione bonorum quoque poſſeſſio contineatur. Et quemadmodum hereditas deſcribitur in *l. 24. ff. de V. S.* quod ſit *ſucceſſio in univerſum jus, quod defunctus habuit:* ita quoque bonorum poſſeſſionis deſcriptio hæc

eſt

Digitized by Google

eſt in *l.* 3. §. 2. *ff. h. t.* quod ſit *ius perſequendi, retinendique patrimonii, quod cuiusque, cum moritur, fuit*, ubi quidem vocabula alia atque alia deprehenduntur, ſenſus tamen ubique idem eſt.

Et cum præterea hodie liberi emancipati, in quorum gratiam prætor principaliter bonorum poſſeſſionem introducebat, una cum ſuis per *Nov.* 118. ratione ſucceſſionis exæquati ſint, & ſic auxilio prætoris non amplius indigeant, hinc exiguus quoque hodie præſentis noſtræ diſtinctionis uſus erit. Pauci excipiuntur caſus, ubi adhucdum bonorum poſſesſione opus eſt, quamvis nomen non adhibeamus, ſcilicet (1.) quando poſthumus decedit iterum vivo adhuc teſtatore, cujus teſtamentum per hunc poſthumum ruptum erat: (2.) quando teſtator, qui capitis diminutionem paſſus & ſic teſtamentum irritum factum erat, in integrum reſtituitur: (3) quando præteritus non impugnat teſtamentum: (4) quando heres, ſub conditione inſtitutus, ea pendente poſſeſſione hereditatis perfrui velit: (5.) quando liberi repudiata paterna hereditate avitam ſolam adire volunt: (6.) quando conjux ſuperſtes, deficientibus defuncti conjugis cognatis, ad integram hereditatem adſpirat, de quibus caſibus fuſe agit Struv. *S. I. C. Exerc.* 38. *theſ.* 42. quo nos brevitatis cauſa remittimus.

Digitized by Google

DISTINCTIO II.

Inter bonorum poſſeſſionem *edictalem & decretalem.*

D*Ecretalis* eſt, quæ non conceditur absque cauſæ cognitione aliquali & interpoſito, poſtmodum decreto, vi cujus bonorum poſſeſſio petenti obvenit. Huc pertinet *Carboniana* bonorum poſſeſſio, de qua ſub *tit. ff. de Carbon. Edict.* nec non ea, quæ *ventris nomine* dicitur, de qua eſt *tit. ff. de ventr. in poſſeſſ. mitt.*

Edictalis vocatur, quæ absque ulla cauſæ cognitione de plano petitur atque conceditur. Quemcunque enim effectum *lex civilis* habebat *intuitu ſuorum*: ille quoque *emancipatis*, &c. obveniebat ex *edicto prætoris*, hæc duo enim, lex & edictum, nudo nomine differebant, non re, prætor enim, quamvis videri nolebat, quod leges condat, unde nomine edicti utebatur, hiſce tamen edictis ſuis eandem vim tribuebat, quæ unquam alias ex legibus profluere poterat, conf. §. 7. *J. de I. N. G. & C.* ergo, quemadmodum ſui & reliqui agnati non opus habent decreto judiciali, juxta legis civilis veteris diſpoſitionem: ita nec emancipati & cognati ex diſpoſitione edicti prætorii.

Tribuit quoque hæc *edictalis effectum perpetuum* non minus, ut ea ſucceſſio, quæ ex lege civili defertur. *Decretalis* e contrario effectum ſaltem *temporarium* habet. Filius enim

nim impubes, cui poſt mortem patris quæſtio ſtatus circa ſucceſſionem movetur, v. g. quod ſit ſuppoſititius, adulterinus, &c. quamvis huic bonorum poſſeſſio ex Carboniano edicto deferatur, non tamen propterea certus eſt, quod ea poſſeſſione certo & ſemper ſit fruiturus, quia omnia dependent ab eventu futuri Proceſſus ſuper quæſtione ſtatus, qui usque ad adeptam pubertatem differtur, v. omnino *l. 3. §. 5. ff. de Carbon. Edict.* Ita quoque quamvis venter bonorum poſſeſſionem ex decreto prætoris conſequatur, non tamen propterea ſemper eandem retinet, ſed videndum eſt, an partus vivus naſcatur, necne, item quoad bona feudalia, an maſculus naſcatur, an filia, &c.

DISTINCTIO III.

Inter bon. poſſ. edictalem *ordinariam & extraordinariam.*

De *ordinaria* hactenus, quæ ex *certa edicti parte, certis perſonis & certo etiam ordine* conceditur, v. g. primo liberis emancipatis, deinde ipſorum parentibus, denique reliquis cognatis.

Extraordinariam vocant, quæ *ex novis LL.* originem ſuam habet, & *nec certis perſonis, nec certo ordine*, ſed prout æquitas hoc ſuadet, defertur. Egregium exemplum in *l. 4. §. f. junct. l. 5. ff. de bon. poſſ. contr. tabb.* deprehenditur, ubi caſus talis eſt: Condit aliquis teſtamen-

tum, & præterito eo, qui in utero adhuc erat, filium emancipatum heredem inſtituit, hic autem antequam conſtat, an naſciturus ſit ille præteritus, decedit, hereditate nondum adita vel bon. poſſeſſione nondum petita, quippe quã interim petere non poterat. Quæritur, annon heredes illius filii emancipati adhuc ad bonorum poſſeſſionem ſint admittendi? & affirmatur hæc quæſtio. Referri huc a quibusdam ſolet ſucceſſio, quæ per ſtatutum alicui adſignatur, v. g. quod maritus in Saxonia res mobiles uxoris defunctæ capit, v. Fr. de Barry *de ſucceſſ. teſt. & inteſt. lib.* 11. *tit.* 6. *n.* 3. & alii apud Struv. *Exerc.* 37. *theſ.* 82. ſed rectius B. Stryk. exiſtimat *in not. ad Lauterb. tit. de bon. poſſeſſ. voc. exempla*, hanc ſucceſſionem magis civilem eſſe, & videtur ſententia Franciſci de Barry aliorumque adhuc ex erroneo illo veterum ſuppoſito profluxiſſe, ac ſi noſtri Duces & reliqui ſtatus cum magiſtratibus Romanis optimo iure conferri poſſint.

Interim quoad effectum inter ordinariam & extraordinariam b. poſſ. nihil intereſt.

DISTINCTIO IV.

Inter b. poſſeſſionem *cum re & ſine re*.

PLacet hanc diſtinctionem verbis Struvii *Exerc.* 27. *th.* 11. explicare. Bonorum poſſeſſio *cum re* eſt, qua ipſum ius hereditarium præ-

prætorium ita quis acquirit, ut ſine ulla ſuſpenſione aut obſtaculo illo perfrui poſſit. Bonorum autem poſſeſſio *ſine re* vocatur, quando quidem alicui jus hereditarium & titulus heredis tribuitur, ſed propter incertum concurrentem eventum in ſuſpenſo eſt, an poſſit illo revera uti, necne. Si eventus optatis reſpondeat, erit tunc bonorum poſſeſſio cum re, ſin vero propter inſequentem caſum non poſſit frui, erit ſine re. Ita Struvius ſatis clare, quamvis pleraque exempla, ad quæ provocat, paulo obſcuriora eſſe videantur. Addi merentur verba B. Strykii *in not. ad Lauterb. tit. de bon. poſſeſſ. verb. ſine effectu*, ubi ita: Bonorum poſſeſſio *ſine re* fit *ſalvo jure alterius potius jus prætendentis*, & hinc effectus ſuſpenditur, & eo fine tantum fit, ne mihi præjudicaſſe videar. Optimum exemplum eſſe videtur, quod & Struvius *d. l.* & Lauterbach. *ad tit. de bon. poſſeſſ. in fin.* ex *l. 2. C. de inoff. teſtam.* adducunt, ubi filius de inofficioſo teſtamento acturus ſtatim ab initio bonorum poſſeſſionem impetraverat, attamen ſine re, *incivile enim eſſe* dicunt Impp. Severus & Antoninus, *ſcriptis heredibus auferri poſſeſſionem*. Ergo bonorum poſſeſſio ſine re tribuit jus poſſidendi in eventum proceſſus moti, non autem præſentaneam & actualem poſſeſſionem.

Quicquid vero hujus ſit, ego, ſi ad uſum reſpicio, eo fere adducor, ut cum Fr. de Barry *de ſucceſſ. teſt. & inteſt. lib.* 18. *tit.* 2. *num.* 5. ta-

lem

lem bonorum poſſeſſionem ſine re in judiciis noſtris non obſervari ſtatuam.

Lib. XXXVII. Tit. VI.
De collatione.

DISTINCTIO I.
Inter collationem *realem* & *cautionalem*.

R*Ealis* fit ex præſenti, ut ſcilicet omnia ſtatim ſingulorum heredum intuitu ad æqualitatem redigantur. *Cautionalis* autem tunc ſolummodo locum habet, *quoties-cunque adhuc dubium eſt, an & quantum ab uno alterove ex coheredibus conferendum ſit*, v.g. quando coheredes prætendunt, Cajum, vivo patre, aliquot centum ab eodem percepiſſe, Cajus autem hoc negat, & ſic prævia liquidatione, quæ nunc in præſenti ſtatim expediri nequit, opus eſt, v. *l.* 1. §. 11. *ff. h. t.*

DISTINCTIO II.
Inter collationem realem *veram* & *quaſi*.

V*Era* eſt, quando actu confertur res ipſa accepta, *quaſi* autem, quando tanto minus ex hereditate capitur, *v. l.* 1. §. 12. *ff. h. t.*

Prior

Prior toties requiritur, *quoties ſpecies aliqua conferenda*, quæ affectionem recipit, & ſic a quolibet ex coheredibus deſideratur, unde ſorte decertare volunt, cuinam illa ſit obventura. *Poſterior* autem ſufficit, *ſi quantitatis collatio exigitur*, quæ peculiarem affectionem non recipit, & propterea heredibus nihil intereſt, an ipſa illa quantitas iterum adferatur, an vero coheres, qui eam accepit, tanto minus in rebus aliis ejusdem generis capiat, vid. *Doctrin. ff. h. t.* §. *X.*

Lib. XXXIX. Tit. I.
De operis novi nunciatione.

DISTINCTIO I.

Inter nunciationem *publicam* & *privatam*.

Publica (hodie maxime freqtiens, quia privatam parum curant nunciati,) fit publice coram magiſtratu, qui novi operis continuationem per nuncium, vel per literas interdicit, *privata* autem privata autoritate expeditur, ad quam eo melius probandam teſtes, (vel notarius etiam ſimul cum illis) adhiberi ſolent.

Uſum in eo ponunt, quod per *publicam* alteri

Digitized by Google

alteri dominium in fundo illo, in quo novum opus molitur, non concedamus, *l.* 5. §. 10. *ff. h. t.* quod tamen interdum per privatam fit, juxta diſtinctionem mox ſequentem.

DISTINCTIO II.

Inter nuntiationem privatam *realem* & *verbalem*.

V*Erbalis* ſequentes formulas ſuppeditat Petrus Friderus, Mindanus, *d. Mandat. lib.* 2. *cap.* 30. *num.* 11. *Nuncio, denuncio, prohibeo, interdico, præmoneo, deprecor, ne quid novi operis faciatis, rogo, ut abſtineatis, nihil moliamini,* &c. Ich will dafür gebethen haben/ ich bitte euch des Wercks zu enthalten/ davon abzuſtehen/ ich will euch gewarnet/ gewarſchauet haben/ &c. & ſi *operariis* nunciatur, hanc adducit Brunnem. *ad l.* 5. *ff. h. t. n.* 2. Wo ſie ehrliche Meiſter wären/ ſolten Sie inne halten biß zur Richterlichen Entſcheidung. Sed quæritur: *numne etiam per modum proteſtationis fieri poſſit?* Negat quæſtionem idem Friderus, & hac proteſtatione non obſtante ædificantem pergere poſſe aſſerit, ſuo tamen periculo, ut ſcilicet, quando proteſtans jus ei non fuiſſe ædificandi docuerit, omne opus demoliri iterum cogatur.

Hanc ſuam aſſertionem ut ex legibus ſtabiliret, *ad l.* 5. §. 7. *ff. h. t.* provocat, ubi Ulpianus; *Si quis,* inquit, *ipſi prætori velit opus novum nun-*

Digitized by Google

nunciare, debet, ut interim teſtetur, non poſſe ſe nunciare: & ſi nunciavit poſtea, & quod retro ædificatum erit, deſtruendum erit, quaſi repetito die nunciatione facta. Ego hic ne minimum quidem deprehendo, quod pro ſtabilienda hypotheſi Frideri adduci queat. Ulpianus de caſu plane ſingulari loquitur, ſi quis *ipſi prætori* velit opus novum nuntiare, prout etiam obſervavit Gothofredus *ad d. l.* hic dicit Ulpianus nuntiationem locum non habere, quia prætores & omnes magiſtratus maiores durante officio in ius vocari non poterant, nuntiatio autem, licet in ſe ſit extraiudicialis, ad judicia tamen tendit, Gothofr. *cit. loc.* Ergo, ne interea præiudicium mihi inferatur, Ulpianus conſilium ſuppeditat, ut ſcilicet per proteſtationem jus meum mihi conſervem. Ex quo juxta mentem Frideri jam ita inferendum eſſet: *Si is, qui durante officio ipſi prætori non potuit novum opus nuntiare, per proteſtationem ſibi debet proſpicere,* ergo ſequitur exinde, *quod novi operis nuntiatio a nemine per modum proteſtationis fieri poſſit.* Peto probationem conſequentiæ.

Realem per manum, id eſt, lapilli ictum (ſive jactum) fieri, aſſerit idem Ulpianus in *cit. l.* 5. §. 10. *ff. h. t.* ſed quid hoc eſt, *lapilli jactus?* Friderus *loc. cit. n.* 12. ita explicat: *Per jactum lapilli ſive per manum nunciatio fit, quando pars per ſe, vel alium ad hoc legitimatum, coram Notario & teſtibus ad minimum duobus*

bus, novum opus addita ſimul cauſa, puta dominii, ſervitutis, vel damni fieri prohibet, inque eius rei ſolenne teſtimonium lapillum unum, vel ſi placet & alterum ex ipſo opere vel aliunde aſſumptum, in locum vel opus controuerſum proiicit, cum teſtium appellatione, & notarii requiſitione, ut ſuper facta ſolenni nunciacione jactuque lapilli inſtrumentum unum, aut plura, in eorum, quæ facta ſunt, fidem atque memoriam conficiat.

Ita Friderus. Mihi tamen magis placet opinio B. Brunnemanni in *Comm. ad d. l. 5. ff. h. t. num.* 10. qui jactum lapilli *de materia ad ædificandum parata disjectione* intelligit, quæ ſententia priori ex ea cauſa præferenda eſſe videtur, quoniam nunciatio quæcunque ita comparata eſſe debet, ut nunciatus ex meo facto clare colligere poſſit, quidnam per illud factum intenderim. At vero, ſi unus alterve lapillus abſente nunciato in locum vel opus controverſum proiicitur, & nunciatus deinde hunc lapillum invenit, an exinde clare colligere valet, in quem finem hæc proiectio facta, aut annon poteſt credere, lapillum eum forte fortuito in illum locum proiectum eſſe? At vero, ſi materia ad ædificandum parata disjicitur, nunciatus ſuperveniens ſat liquido finem huius disjectionis colligere poterit.

Quoad effectum de jure Romano ita tenendum: ſi nunciatio eſt *verbalis*, tunc fatemur eo ipſo, fundum, in quo opus novum exſtruitur, jure dominii ad nunciatum pertinere, & ipſum

ipſum aliquid ſaltem contra ius ſervitutis in eo fundo nobis competens ſuſcipere, quo ipſo poſſeſſionem amittimus, & alterum poſſeſſorem facimus, *d. l.* 5. §. 10. *ff. h. t.* Quod ſi vero *realis* eſt nunciatio, tunc poſſeſſionem non amittimus, nec dominium loci controverſi nunciato tribuimus, *d. l.* 5. §. 10.

Ita apud Romanos. Sed quid moribus noſtris obtinet? Adlatam differentiam in praxi parum obſervari, nec in decernendis proceſſibus attendi teſtatur cit. Friderus, Mindanus, *loc. alleg. num.* 20. inque eam rem multa exempla adduci poſſe aſſerit. Et cum præterea nunciationes privatæ hodie rariſſimæ fiant, cum ubique fere judex ſtatim adiri ſoleat ab eo, qui nunciationem intendit, hinc adſtruere non dubito, præſentem diſtinctionem exiguum admodum in praxi uſum habere add. Carpzov. *l.* 1. *Reſp.* 6.

LIB. XXXIX. TIT. V.

De donationibus.

DISTINCTIO I.

Inter donationem *abſolutam & remuneratoriam.*

Differunt hæ duæ ſpecies diuerſis modis. Donatio *abſoluta*, ſi 500. ſolidos excedit, *actis inſinuari debet*, §. 2. *J. de don.*

ut ſcilicet judex videre poſſit, annon forſan ea ex prodigalitate in hominem indignum confeſeratur, ad donationes enim, & quidem in ſpecie ad eas, quæ maximam quantitatem continent, homines alias proclives eſſe non ſolent. At donatio *remuneratoria* ob ceſſantem illam rationem, inſinuatione judiciali non indiget, modo benemerita, ſiue cauſæ donationis in ſpecie exprimantur, prout fecit Aquilius Regulus in *l.* 27. *ff. h. t.* ibi: *quoniam & cum patre meo ſemper fuiſti, & me eloquentia & diligentia tua meliorem reddidiſti, dono & permitto tibi habitare in illo cænaculo, eoque uti*; vel modo donatarius poſtea merita probare poſſit, v. Mynſing. *Cent.* 4. *Obſerv.* 75. & 88. Dion. Gothofred. *in not. ad d. l.* 27.

Deinde donatio *abſoluta* multis modis *revocari poteſt*, utpote ſi ingratus fuerit donatarius, propter cauſas in *l. fin. C. de revoc. donat.* enumeratas, item propter ſupervenientiam liberorum, *l.* 8. *C. eod.* item ſi legitima liberorum læſa, *tot. tit. C. de inoffic. donat.* quæ omnia in donatione *remuneratoria* ſecus ſe habent.

Inter coniuges prohibita eſt donatio *abſoluta*, ne mutuato amore inuicem ſpoliarentur, *l.* 1. *ff. de donat. int. vir. & uxor.* vel ne concordia pretio conciliari videretur, *l.* 3. *pr. ff. eod.* quia ſæpe futurum eſſet, ut diſcuterentur matrimonia, ſi non donaret is, qui poſſet, juxta *l.* 3. *eod.* at vero in donatione *remuneratoria*

non

non adeſt ejusmodi ſpoliatio : E. etiam LL. prohibitio huc non pertinet, *v. l.* 5. §. 16. *ff. eod.*

Donationem *remuneratoriam non conferunt liberi*, per hanc enim inæqualitas inter liberos non inducitur, cujus evitatio eſt fundamentum collationis. Aliud in donatione *abſoluta*, v. B. Stryk. *de ſucceſſ. ab inteſt. Diſp. II. c.* 4. §. 13. *ſeqq.* Quamvis vero diſſentiant alii, & inter eos etiam Lauterb. *Comp. jur. ad tit. de collat.* exiſtimantes, quod abſoluta etiam ſive ſimplex donatio conferri non debeat; eorum tamen opinio fundamento jamjam adducto contrariatur. Provocat Lauterbach. ad *l. pen.* §. 1. *C. de collat.* Sed hæc, ſi oculi aperiuntur, eidem e diametro adverſatur, modo quis integram eam perlegere velit. Equidem *l.* 18. *C. famil. herciſc.* ad quam porro provocat, ab initio valde obſtare videtur; aſt nuda verba non ſunt inſpicienda, ſed interpretatio ex analogia juris & aliis textibus juris eſt aſſumenda, nec enim verba legis talem interpretationem reſpuunt. Intelligo itaque *l.* 18. *C. fam. herc.* de eo caſu, ſi pater expreſſe declaraverit, quod filia rem, quam pater ejus nomine emit, præcipuam habere debeat, vel etiam ita intelligi poteſt, prout eam explicat Barboſa, quod filia illam rem præcipuam habere, id eſt, ſorti non committere debeat in judicio familiæ herciſcundæ, quod alias neceſſarium eſt intuitu omnium *ſpecierum*; quas liberi vivis parentibus

acceperunt, v. ſupra *tit. de collat. Diſt. I.* Brunnemann. *ad d. l.* 18. *C. fam. herciſc.* qui tamen contrariam ſententiam defendere voluit, cui ex rationibus noſtris facile reſponderi poteſt.

Quamvis etiam *tutor donare non posſit* per *l.* 22. *ff. de admin. & peric. tutor.* hoc tamen iterum de donatione abſoluta intelligendum eſſe puto, non de remuneratoria, quippe in qua nulla bonorum diſſipatio adeſt, ſed quam quilibet paterfamilias ex lege gratitudinis ſuſcipere ſolet.

LIB. XXXIX. TIT. VI.

De mortis cauſa donationibus & capionibus.

DISTINCTIO I.

Inter donationem *inter vivos* & *mortis cauſa*.

DIfferunt (1.) *ratione modi contrahendi.* In donatione *inter vivos* nihil præter conſenſum requiritur, id eſt, nec teſtibus indigemus, niſi ad meliorem probationem, eſt enim pactum legitimum, quia *l.* 35. *C. de donat.* illud euſque confirmavit, ut actio exinde donatario competeret, unde hodie etiam in claſſem contractuum conſenſualiũ referri poſſet. At vero

vero in donatione *mortis cauſa* quinque teſtes requiruntur, *l. fin. C. de donat. mort. cauſ.* & reliquæ ſolennitates, quæ in codicillis adeſſe debent, excepto eo ſolum, quod in codicillo non exigatur acceptatio legatarii, bene tamen in donatione mortis cauſa acceptatio donatarii, *v. l. 38. ibi: præſens præſenti ff. h. t.* & ergo hac parte donatio inter vivos & donatio mortis cauſa inter ſe conveniunt.

Differunt (2.) *ratione effectus.* Scilicet ex donatione *inter vivos* conſequor jus præſens, licet executio dilata fuerit poſt mortem donantis, v. g. ſi quis dicat, *dono tibi centum thaleros*, (hactenus verba diſpoſitiva & exinde deſcendens jus præſens) *ſed non habebis eos, niſi demum poſt mortem meam*, (hæc ſunt verba executioni adjecta,) aſt in donatione mortis cauſa ſpem ſaltem habeo, ſive jus aliquod futurum, *v. g. dono tibi centum thaleros poſt mortem meam*, vel, *ſi in hoc morbo occubuero*, (ubi & obligatio & executio ſuſpenſa eſt.)

Ex quo (3.) differentia *ratione facultatis pœnitendi* profluit. Quicunque *inter vivos* donavit, ille ſtatim a momento donationis ſive promiſſionis firmiter obligatus eſt, quamvis etiam donationis executio ad annos aliquot, imo plane ad dies vitæ dilata fuerit, quæ eſt natura omnium conventionum. At vero donatio *mortis cauſa* ejusmodi præſentem obligationem nondum producit, ſed ſpem ſaltem, prout ſupra *ad tit. Quand. dies legat. vel fideic.*

 ced.

Digitized by Google

ced. dictum fuit. Ergo hæc mortis cauſa facta donatio quocunque tempore iterum revocari poteſt, ſive ea facta ſit cogitatione mortalitatis in genere, ſive intuitu inſtantis alicujus ejusque graviſſimi periculi.

(4.) Donare *mortis cauſa* poteſt *minor ſine curatoris conſenſu*, Rauchbar. *p.* 1. *qu.*31. *num.* 42. Struv. *Ex.* 40. *th.*22. *inter vivos* donare ei non permittitur. Ex hac ſiquidem læderetur, non autem ex illa.

(5.) Donatio *mortis cauſa* licet 500. ſolidos excedat, *non tamen requirit inſinuationem judicialem*, (exceptio eſt de jure Saxonico electorali in donatione omnium bonorum) Struv. *d. Ex.* 40. *th.* 4. aliud in donatione *inter vivos.*

(6.) In donatione *mortis cauſa*, *ſi donatarius ante donantem moritur*, donatio intercidit, *v. l.* 35. §. 4. *l.* 42. *pr. ff. h. t.* at vero, quamvis in donatione *inter vivos* executio, vel traditio in annos aliquot dilata, & donatarius ante illorum lapſum mortuus fuerit, donatio tamen ad liberos pertinet.

DISTINCTIO II.

Inter donationem *mortis cauſa* & *morte confirmatam.*

NE putes, hæc duo ſynonyma eſſe, & ratione effectus inter ſe convenire, longe enim ab invicem diſtant.

Scili-

Scilicet donatio *mortis cauſa* dicitur, *quoties ſtatim ab initio negotii in ipſis verbis diſpoſitivis mortis cogitatio*, (id eſt, mentio, nam ſola interna cogitatio hic non ſufficit) *iniicitur*; aſt vero in donatione *morte confirmata* eiusmodi cogitatio mortis ſub initium negotii non aderat, *ſed ex paciſcentium intentione ſtatim firma eſſe debebat*, non autem poterat, quamdiu vivebant, & ſic poſt mortem eorum robur ſuum demum conſequebatur. Exemplum eſt in *coniugibus*, quorum donationes pure & inter vivos factæ nullius ſunt effectus, ſed ſemper a donante reuocari poſſunt, quod ſi vero ante mortem non fuerint revocatæ, tunc defuncto ipſo convalidantur. Idem eſt, ſi *parentes liberis, in poteſtate exiſtentibus*, aliquid donent, quoniam & talis donatio ob unitatem perſonæ, viuis parentibus, effectum non habet, ſed poſt mortem ſolummodo. Quemadmodum enim donatio conjugum defuncto donatore propterea ſubſiſtit, quia tunc amplius non adeſt ſpoliatio: ita ea, quæ inter parentes & liberos facta ex hac cauſa valet, quia tunc unitas perſonæ deficit, v. Lauterbach. *ad tit. ff. de donat.*

Uſus vero in hoc conſiſtit. Donatio *mortis cauſa*, prout paulo ante dictum, absque inſinuatione judiciali ſubſiſtit, quamvis maximam ſummam contineat; donatio autem *morte confirmata* non item, ſed retrotrahitur ad primum ſuum initium, & propterea, ſi 500,

ſolidos excedit, ultra hanc quantitatem absque facta inſinuatione ſubſiſtere non poteſt, per textum expreſſum in *l. 25. C. de donat. int. vir. & uxor.*

Quoad *parentes & liberos in ſpecie* etiam hoc addere poſſes. Donatio *mortis cauſa* non confertur a liberis, quia hic conſtat, quod parentes voluerint, ut liberi rem donatam præ reliquis præcipuam haberent, *v. l. 16. C. de collat.* donatio *morte confirmata* tamen conferenda erit, quia propter retrotractionem ad donationes inter viuos pertinet. *v. ſupra Diſt. I. h. tit.*

DISTINCTIO III.

Inter mortis cauſa *donationem & capionem.*

D*Onatio* mortis cauſa *ex ipſis donantis bonis* ad donatarium pervenit; ſed mortis cauſa *capio* ſaltem *occaſione hereditatis & mortis teſtantis* percipitur *l. 31. pr. ff. h. t.* vel, prout loquitur Marcellus in *l. 38. ff. h. t. Mortis cauſa donatur, quo præſens præſenti dat: a mortis cauſa capi intelligitur & quod non cadit in ſpeciem donationis.* Adiicit quoque JCtus exempla, v. g. cum teſtamento quis ſuo Pamphilum ſervum ſuum liberum eſſe iuſſit, ſi mihi decem dederit, nihil mihi donaſſe videbitur, & tamen ſi accepero a ſervo decem, mortis cauſa me accepiſſe convenit. Idem accidit, quod quis ſit heres inſtitutus, ſi mihi decem dederit: nam acci-

accipiendo ab eo, qui heres inſtitutus eſt, conditionis eius explendæ cauſa, mortis cauſa capio, add. *l.* 8. *ff. h. t.* quamvis interdum phraſis: *mortis cauſa capere*, in nonnullis legibus, v. g. in *l.* 18. *pr. ff. h. t.* tam late ſumatur, ut mortis cauſa donationem quoque ſub ſe comprehendat.

In effectu fere conueniunt donatio & capio. Quemadmodum enim mortis cauſa donatio non computatur in Falcidiam, ita nec mortis cauſa capio, *v. l.* 91. *ff. ad L. Falcid. ibi*: *implendæ commiſſionis cauſa.* In quartam Trebellianicam autem utrumque recte computatur, v. Struv. *Ex.* 36. *th.* 31. Hoc unicum obſervandum eſſe videtur, quod donatio mortis cauſa actus ſit peculiaris, præſentiam quinque teſtium, donatarii præſentiam & acceptationem ejusdem requirens, mortis cauſa capio autem eſt merum aliquod acceſſorium diſpoſitioni alterius principalis, quæ præſentiam atque acceptationem eius, in cujus favorem tendit, neutiquam exigit.

Lib. XLI. Tit. I.

De acquirendo rerum dominio.

DISTINCTIO I.

Inter res nullius *cenſura, facto, natura, tempore & caſu.*

INcluduntur hæ diverſæ ſpecies vulgatis verſiculis:

Cenſura, facto, natura, tempore, caſu,
Res in nullius dicitur eſſe bonis.

Per res *cenſura* nullius intelligunt res diuini juris, ſacras, ſanctas & religioſas. Poſſent etiam in genere huc ea referri, quæ extra commercium poſita, v. g. res publicæ, &c.

Facto tales ſunt, quas dominus pro derelictis habet, eoque animo abiicit, ut jam a quolibet adprehendi poſſint.

Natura nuillus ſunt feræ beſtiæ & gemmæ.

Tempore nullius eſſe dicitur theſaurus, ſive vetus depoſitio pecuniæ, cujus non extat memoria.

Denique *caſu* nullius in dominio exiſtit hereditas jacens a momento, quo defunctus obiit, usque ad illud momentum, quo heres hereditatem adit. conf. B. Stryk. *in not. ad Lauterb. h.t. ab initio.*

Ita quidem enumerantur diverſæ ſpecies rerum, quas nullius eſſe dicimus, ſed tamen non ſunt eædem propterea ejusdem quoque indolis atque naturæ, unde multum intereſt, ut accurate ab invicem diſtinguantur.

Scilicet res *cenſura* nullius neque *actu* in dominio alicuius exiſtunt, nec etiam alicuius fieri *poſſunt*, obſtat enim legis prohibitio.

E contrario, quæ *facto* nullius dicuntur, non

Digitized by Google

non ſunt quidem in præſenti in dominio, *per occupationem tamen facile acquiruntur.*

Idem apud Romanos in rebus *natura* nullius obtinebat, ubi quilibet facultatem capiendi feras beſtias habebat, ſed quoniam hoc moribus noſtris mutatum, hinc beſtiæ illæ hodie ad res nullius amplius referri non poſſunt.

In rebus *tempore* nullius dictum prædicatum: *nullius* admitti quidem poteſt, *quantum actuale exercitium concernit*, quo reſpectu etiam applicare poſſes alterum illud: non eſſe & non apparere, ſunt ſynonyma; ſed *quantum ad ipſam proprietatem attinet*, theſaurus nullo modo ad res nullius pertinet. Cederet enim alias cuilibet occupanti, at vero contrarium, & quod detectus theſaurus domino acquiratur, expediti juris eſt.

Idem judicium de rebus *caſu* nullius eſto. Nec enim & jacentem hereditatem occupare permiſſum eſt. Unde durante deliberatione heredis nemo quidem adeſt, qai actu adminiſtret res hereditarias, proprietas tamen illi interim ſalva manet, qui poſtmodum hereditatem acceptat, & cujus acceptatio, ſive aditio, ad momentum illud, quo defunctus mortuus eſt, retrotrahitur.

DISTINCTIO II.

Inter acceſſionem *naturalem*, *induſtrialem* & *fortuitam*.

Quoad diverſum conceptum in theoria hæ tres

tres ſpecies omnino ab inuicem differunt, *naturalis* enim ex ipſius naturæ operatione provenit, homine vel nihil, vel parum cooperante, v. g. in alluuione, fœtu animalium, &c. at vero in *induſtriali* omnia ab induſtria humana dependent, v. g. in ſpecificatione, adjunctione, &c. in *fortuita* denique nec natura operatur, nec induſtria humana, ſed ex inſperato aliquid acquiritur, quo referunt theſauri inventionem. Ita quoad diuerſum conceptum. Sed quoad effectum unica ſaltem regula notari debet, *quod ſcilicet acceſſorium cujuscunque generis naturale, induſtriale & fortuitum naturam ſui principalis ſequatur.*

DISTINCTIO III.

Inter *ſpecificationem* & *adjunctionem.*

S*Pecificatio* exinde cognoſcitur, ſi res aliqua, poſtquam induſtria humana acceſſit, *novum nomen ſortitur*, v. g. quando ex lana pannum conficimus; at in *adjunctione idem nomen*, quod antea rei inditum erat, *permanet*, v. g. ſi adamantem Titii annulo meo includo. Ex quo patet, non eſſe ſpecificationem, ſi quis alienum frumentum excuſſit, prout quidem vult Tribonianus in §. 25. *J. de R. D.* hic enim novum nomen frumento excuſſo non imponitur. Et ergo rectius contrarium aſſeruiſſe Cajum in *l.* 7. §. 7. *ff. de A. R. D.* cujus ſenſum in excerpendo non eſt aſſecutus Tribonianus.

Nova

Nova ſpecies per *ſpecificationem* effecta non indiſtincte acquiritur ſpecificanti, ſed tunc demum, *ſi partim ex propria partim ex aliena materia* conſtat: aut quando materia mere eſt aliena, *ſi nova illa ſpecies non poteſt ad priſtinam materiam reduci*, ita enim veteres Sabinianos & Proculianos, de prærogativa materiæ & formæ inter ſe ſubtiliter diſputantes, conciliat *d. l. 7. §. 7. ff. de A. R. D.*

In *adjunctione* autem res adjuncta communiter rei principali cedit, quod plurimis exemplis illuſtrat Struv. *Ex* 41. *th.* 40. Subjungi tamen hic meretur

DISTINCTIO IV.

Inter *ferruminationem* & *adplumbaturam.*

FErruminatio vocatur, quando metalla ejusdem generis, formata vel non formata, *ſine interventu ullius alterius materiæ conſolidantur*, v. g. ſi ferrum ferro per vim & efficaciam ignis jungitur, dicunt alicubi zuſammen ſchweiſſen: *Adplumbatura* autem eſt, quando duæ materiæ ejusdem generis, vel diverſi, *per quoddam interveniens coagmentantur*, Struv. *d. Ex.* 41. *th.* 44. v. g. ſi plumbo, glutine, clavo, vel ſimili modo brachium ſtatuæ, navi tabula, aſſer aſſeri jungitur, quod vocant das löthen/ anlöthen/ anleimen/ &c.

Si vero per ferruminationem, ſive per adplum-

adplumbaturam res aliena meæ *tanquam acceſſorium* jungatur, ejus dominium mihi ſtatim acquiritur. In eo tamen adhuc manet differentia, quod, ſi adjunctio *per ferruminationem* facta fuerit, res acceſſoria nec tunc vindicari, vel ejus exhibitio peti poſſit, quamdiu principali cohæret, neque tunc etiam, quando ab eadem iterum ſeparata deprehenditur. At in caſu *adplumbaturæ* ad exhibendum agi, & exhibitione facta res ſeparata vindicari omnino poteſt. Rationem differentiæ in eo ponit Paulus in *l. 23. §. 5. ff. de R. V. quia ferruminatio per eandem materiam facit confuſionem: plumbatura non idem efficit*, & propterea actione in factum agendum eſſe dicit, ad pretium rei conſequendum.

Dixi autem, ſi res aliena meæ *tanquam acceſſorium* jungitur. Quod ſi ergo duæ res conjunctæ ſunt *æque principales*, v. g. ſi aſſer aſſeri jungitur, tunc ſua cujusque res manet, & iterum ſeparatur, Struv. *d. th.* 44.

DISTINCTIO V.

Inter *confuſionem* & *commixtionem*.

PRior fit in rebus liquidis, *poſterior* in aridis & ſiccis. *Prior* ſemper inducit communionem, ſive facta ſit voluntate utriusque, ſive alterutrius ſaltem, ſive neutrius denique, ſed per merum caſum fortuitum, §. 27. *J. de R. D.* ſi ſcilicet ſeparatio nullo modo fieri poſſit, alias

lias vero, ſi hæc poſſibilis eſt, ut quando e.g. metalla confuſa ab aurificibus chryſulca (Scheidwaſſer) iterum ſeparantur, tunc communio non inducitur, ſi confuſio absque dominorum conſenſu facta, ſed ſuum cuilibet reſtituitur, Struv. *d.l.th.* 43.

Circa *commixtionem* tres caſus ab invicem diſtinguuntur in §. 28. *J. de R. D.* ſcilicet, aut facta eſt illa *voluntate utriusque*, & tunc communio ſine dubio indncitur: aut facta eſt *voluntate unius ſaltem, aut nullius*, ſed *per merum caſum fortuitum*, & tunc communionem induci negat *d.* §. 28. addita ratione, *quia ſingula corpora in ſua ſubſtantia durant*, quod in confuſione ſecus ſeſe habebat. Subiungitur quoque exemplum in *cit.* §. 28. *non magis iſtis caſibus commune fieri frumentum, quam grex intelligitur eſſe communis, ſi pecora Titii tuis pecoribus miſta fuerint.* Quid ergo? *in rem actio* pro modo frumenti cujusque competit, arbitrio autem judicis continetur, ut ipſe æſtimet, quale cujusque frumentum fuerit, quod ſi vero commixtio voluntate utriusque facta, & ſic communio inducta fuiſſet, actio *communi dividundo* inſtitui debuiſſet juxta *l.* 5. *pr. ff. de R. V.* In effectu tamen idem eſſe puto, ſive actio illa in rem, ſive hæc communi dividundo inſtituatur, & non parum ſubtilitatis huic materiæ de commixtione ineſſe videtur.

DI-

DISTINCTIO VI.

Inter *plantationem & inſitionem.*

P*Lantæ* in alieno ſolo poſitæ ab eo demum tempore domino ſoli acquiruntur, *quo radices egerunt*, antea enim facillimo negotio a ſolo iterum ſeparari poterant: at vero *ſemen*, in alienum agrum proiectum, eiusdem agri domino *a momento inſitionis* cedit, quia hoc difficulter admodum iterum colligi & ſic ab agro ſeparari poteſt, valde difficilia autem pro impoſſibilibus in iure Romano reputantur, §. 31. & 33. *J. de R. D.*

DISTINCTIO VII.

Inter *ſcripturam & picturam.*

L*itera*, licet aureæ ſint, perinde *chartis membranisve cedunt*, ac ſolo cedere ſolent ea, quæ inædificantur, aut inſeruntur; at vero in *pictura tabula picturæ cedere debet*, quia ridiculum eſt, picturam Appellis, vel Parrhaſii, in acceſſionem viliſſimæ tabulæ cedere, §. 33. & 34. *J. de R. D.* Ita de jure Romano, hodie autem & chartam literis cedere multi ex recentioribus recte aſſerunt, quia dominus chartæ nullum intereſſe habet, ſiue eandem chartam præciſe conſequatur, ſiue aliam æque bonam. Nec charta, nec tabula, ſunt eiusmodi res, in quas cadit pretium affectionis, ſed ſunt

res

res mere fungibiles, adeoque claudicat argumentum ab eo, quod fundo inædificatum, ad illud, quod chartæ inſcriptum eſt.

DISTINCTIO IIX.

Inter traditionem *nudam & non nudam.*

N*Uda* fit ex titulo ad transferendum dominium inhabili, e. g. ex titulo commodati, depoſiti, locati, &c. & hæc *non conſtituit accipientem in conditione uſucapiendi*, licet rem traditam longiſſimo tempore poſſideat, quod in traditione *non nuda* ubique ſecus ſe habet, *v. l.* 31. *pr. ff. h. t.*

DISTINCTIO IX.

Inter traditionem *veram & fictam*, & hanc iterum vel *longæ manus*, vel *brevis manus*, vel *ſymbolicam.*

V*Era* fit in mobilibus de manu in manum datione, in immobilibus inductione, non tamen, ut quis omnes glebas fundi circumambulet, ſed quamlibet eius partem introire ſufficit, per *l. 3. ff. de acquir. vel amitt. poſſ.*

Ficta, quæ *longa manus* dicitur, oculis perficitur. *Si venditorem*, inquit Celſus *in l. 18. §. 2. ff. de acqu. vel am. poſſ. quod emerim, deponere in mea domo juſſerim: poſſidere me*

certum eſt quanquam id nemo dum attigerit. Aut ſi vicinum mihi fundum mercato venditor in mea turre demonſtret, vacuamque ſe poſſeſſionem tradere dicat: non minus poſſidere coepi, quam ſi pedem finibus intuliſſem. Adde *l.79.ff. de ſolut.* ubi manu longa traditio fieri dicitur, *ſi pecuniam, quam mihi debes, aut aliam rem in conſpectu meo ponere te jubeam.*

Ficta *brevis manus* eſt, ubi nulla traditio loco duarum, quæ regulariter requirebantur, adhibetur, id quod communiter accidere ſolet, quando duo contractus, unus brevi tempore poſt alium, celebrati fuerunt. Sic v. g. poſſedi hactenus rem ex commodato, locato, depoſito, &c. emo jam eandem rem a commodante, locatore, vel deponente, duplici traditione opus eſſet, ut ſcilicet commodatarius &c. primo rem iterum reſtitueret commodanti, & ſic hunc contractum plene diſſolueret, deinde vero commodans ex novo contractu venditionis illam rem commodatario, tanquam emtori, denuo traderet, atque hac ratione contractum venditionis conſummaret. Sed cui uſui eſſent iſtiusmodi ambages? Ergo quod fieri poteſt per pauca, non debet fieri per plura, & hinc commodans &c. rem, antea commodatam, commodatario tanquam emtori ex novo titulo ſtatim relinquit, quaſi denuo traditam. Aliud exemplum eſt in *l.3. §. pen. & ult. ff. de don. inter vir. & ux. ſi ſcilicet debitorem meum tibi ſolvere, vel eum, qui mihi do-*

naturus

naturus erat, uxori meæ dare juſſerim. Item: ſi pecunia, ex alio contractu debita, per conventionem ſit mutua, *l.* 15. *ff. de R. Cred.* Vel, ſi res vendenda datur, ut pecunia, inde redacta, ſit mutua, *l.* 11. *pr. ff. d. t.* Schöpffer. *Synopſ. jur. ad tit. ff. de reb. cred. num.* 19. 20.

Huc pertinet etiam *conſtitutum poſſeſſorium*, quando rem, quæ hactenus ex titulo, ad dominium habili, penes me fuit, jam ex inhabili poſſidere incipio, de quo fuſe jam diximus *ad tit. de conſtituta pecunia Diſt. I.*

Symbolica denique eſt, quando loco ipſius rei aliud quid a tradente adhibetur, quod rem venditam, permutatam, donatam, &c. *repræſentat, & cum ea connexionem quandam habet*, ita, ut penes quem illud ſymbolum deprehenditur, penes hunc quoque regulariter dominium rei ſit. Huc pertinet *traditio inſtrumentorum*, ex quibus venditoris jus & titulus dependet, die alten Lehnbrieffe / Kauffbrieffe / die Inventaria, &c. *v. l.* 1. *C. de donat.* Maſcard. *de Probat. Vol.* 3. *Concl.* 1184. *n.* 1. Imo & per traditionem ipſius inſtrumenti, quod ſuper præſenti contractu confectum eſt, poſſeſſio transferri poteſt, modo illi inſtrumento inſeratur clauſula: Daß der Verkäuffer zugleich vermittelſt Uberreichung dieſes Kauffbrieffes den Käuffer in den völligen Beſitz des Hauſes geſetzet haben wolle / absque hac vero clauſula per ſolam inſtrumenti, noviter confecti, traditionem poſſeſſio non transfertur, Carpzov.

P. 2. *C.* 33. *Def.* 15. Illuſtr. Stryk. *Caut. Contr. ſect.* 2. *c.* 8. §. 22.

Symbolica quoque traditio fit per *traditionem clavium in conſpectu rei factam. l.* 47. *ff. de contrah. emt.* (Pacto tamen effici poteſt, ut etiam extra rei præſentiam ejusmodi traditio perficiatur, Id. *cit. c.* 8. §. 22.) Item per *impoſitionem ſignaculi, l.* 14. §. 1. *ff. de comm. & peric. rei vend.* (modo non ſit res, quæ ad quantitatem, vel guſtum vendita, *l.* 1. §. 2. *ff. h. d. tit.*) Item, *ſi Cuſtos apponatur*, Id. *d.* §. 22.

Scotatio, (quæ in *c.* 2. *X. de conſuet.* deſcribitur, quod fiat ab eo, qui poſſeſſiones aliquas clauſtris, vel aliis locis religioſis pro remedio peccatorum ſuorum vult conferre, *ita ut modicum terræ in manu vel extremitate pallii, quod manu prælati eccleſiæ ſuſtinetur, adferat & ſuper altare ponat, ſub teſtimonio videntium & audientium*) apud nos hodie in uſu amplius non eſt.

In Geldria *effeſtucatio* in uſu eſt, Opdracht ſive Transport/ quando venditor, feſtucam, ſive baculum manu tenens, eundem poſtea abjicit, ac emtori relinquit, ſimulque ſe poſſeſſione decedere declarat, Huber. *in prælect. ad J. de rer. diviſ. n.* 4. Dn. Beyer. *Poſit. ff. de act. emt. vend. poſ.* 18. *ad* 21. ſed ex ejusmodi feſtucæ abjectione apud nos iterum nulla poſſeſſionis translatio proflueret, quoniam apud nos hoc ſymbolum non eſt receptum.

Qualia ſymbola in inveſtitura, ſive traditione

ne feudi adhibeantur, illud ex jure feudali repetendum.

Interim quantum ad uſum attinet, ita tene: *quemcunque effectum habet traditio vera, illum quoque ficta poſt ſe trahit*, id eſt, utraque jus aliquod reale emtori, donatario, &c. tribuit, qui antea nudum ſaltem jus perſonale ex conventione acquiſiverat.

E converſo: *quicquid non poteſt transferri per traditionem veram, illud nec per fictam transferri conceſſum eſt.* Unde quemadmodum inter conjuges donatio, eamque ſubſequens vera rei donatæ traditio, locum non invenit, ita nec ficte res donatas tradere licet, quoniam hoc in fraudem legis fieret, *v. l.* 3. §. *pen. & ult. de donat. int. vir. & ux.*

Unde nihil intereſt, utrum vere, utrum per longam manum, brevem manum, an vero per ſymbolum traditio perficiatur, quod idem quoque ad illam fictæ traditionis ſpeciem, *patientiam ſcilicet & exercitium*, eſt applicandum, per quam ſervitutes aliaque jura alteri conceduntur. Hæc ſcilicet in rebus incorporalibus idem præſtat, quod vera in corporalibus præſtare ſolet.

Digitized by Google

LIB. XLI. TIT. II.

De acquirenda vel amittenda poſſeſſione.

DISTINCTIO I.

Inter poſſesſionem *propriam* & *analogicam*.

PRopria de rebus corporalibus, *analogica* de incorporalibus prædicatur, ceterum vero in effectu conveniunt, utraque enim eandem præſumtionem producit, & eadem quoque remedia, quibus nos in poſſeſſione noſtra tueri poſſumus.

DISTINCTIO II.

Inter poſſeſſionem *naturalem* & *civilem*.

SI unquam alias vocabulum aliquod diverſimode accipitur, certe ejusmodi diverſiſſima acceptio vocabulorum poſſeſſionis *naturalis* & *civilis* in jure noſtro deprehenditur.

Scilicet poſſeſſio *naturalis* ſumitur (1.) pro nuda detentione, ſive *pro actu mere phyſico*, quo ſenſu furioſus etiam poſſidere & poſſeſſionem inchoare poteſt, *l.* 1. §. 5. *ff. h. t.* item ſervus *l.* 24. *ff. eod.* & hoc modo accepta *posſidenti nullum plane jus tribuit.*

Ac-

Accipitur (2.) *pro poſſeſſione, effectum civilem habente*, non tamen dominium, ſed aliud quid tribuente, quo nomine poſſidet uſufructuarius, *l.* 49. *h. t.* item creditor pignus, &c. *Hæc ius temporarium eiusque manutenentiam tribuit, non tamen ad uſucapionem proficit.*

Accipitur (3.) de eo caſu, *ſi quis non ſolum animum ſibi habendi habet, ſed ſimul etiam corpore ſuo rei incumbit*, v. g. ſi quis ædes emit, easque ipſe inhabitat. Hæc *ad uſucapionem ſine dubio proficit, ſi iuſtus titulus ſimul adeſt.*

Lauterbach. *in Comp. ff. h. tit.* haſce tres acceptiones ita diſtinguit, *primam* vocat poſſeſſionem *naturalem in ſignificatione lata*: *ſecundam* in ſignificatione *ſtricta* ratione *formæ*: *tertiam* in eadem ſignificatione *ſtricta* rationi *modi.*

Vocabulum *civilis poſſeſſionis* adhibetur (1.) *pro qualicunque poſſeſſione*, quæ non dominium, ſed alium quendam titulum coniunctum habet, v. g. ſi quis *hypothecam*, vel *rem uſufructuariam* poſſidet, hanc Lauterbach. *civilem in ſignificatione lata* appellat, antea etiam *naturalis ſtricta ratione formæ* vocabatur, & *facultatem uſucapiendi non tribuit*, quoniam titulo ad transferendum dominiũ habili deſtituitur.

(2.) Adhibetur pro poſſeſſione, *quæ corporalem inſiſtentiam coniunctam non habet.* ſic v. g. *locator, commodans, deponens*, ciuiliter poſſident, quamuis conductor, commodatarius & depoſitarius, rei actualiter incumbant. Stylo Lau-

Lauterbachiano hæc *civilis ſtricta ratione modi* dicitur, & *eosdem effectus habet, qui illi tribuuntur, qui rei actu incumbit.*

Denique (3.) civilis poſſeſſio dicitur, *quando non ſolum quis naturaliter rei inſiſtit, ſed ſimul etiam animum domini habet.* Hæc *ſi bonam fidem coniunctam habet, facultatem uſucapiendi tribuit*, non autem ſi quis mala fide poſſeſſionem ſibi arrogavit, v.g. fur, raptor, &c. Lauterbachio vocatur *civilis ſtricta ratione formæ.*

Uſus, præter ea, quæ jamjam ſingulis ſpeciebus ſubiuncta fuerunt, etiam quoad theoriam deprehenditur, ne JCtos, qui vocabulo poſſeſſionis naturalis & civilis tam diverſimode utuntur, ſtatim ſibi ipſis *quoad rem ipſam* contradixiſſe exiſtimemus. In concluſionibus enim quoad effectum poſſesſionis & facultatem uſucapiendi, ex poſſeſſione profluentem, conveniunt, & in ſolis terminis ab invicem diſcedunt, quod in plerisque diſciplinis aliis quotidie ita evenire ſolet, conf. Hahn. *ad Weſenb. h.t. num. 3. verb. dicitur & alio ſenſu*, & ſedula textuum evolutio hoc ſatis docere poterit.

DISTINCTIO III.
Inter poſſesſionem *bonæ & malæ fidei.*

PRior requiritur, ſi quis per continuationem poſſeſſionis, juſto titulo munitæ, dominium acquirere intendit, & quidem de jure canoni-

nonico, quod in praxi ſequimur, per integrum tempus uſucapionis, *c. fin. X. de præſcript.* ubi quidem Papa, Innocentius III. Paulinum illud: *quod non ex fide, peccatum eſt*, contorte applicat, quippe quod non de fide aliqua intellectuali, quam JCti intelligunt, ſed de fide in corde radicata loquitur; interim tamen res ipſa ſalva eſt, involveret enim furti moralis ſpeciem, ſi alicui permitteretur, ut rem alienam ſcienter poſſidens eam nihilominus uſucapere poſſet.

Malæ fidei poſſeſſio ad uſucapionem non proficit, eum tamen nihilominus poſt ſe trahit effectum, ut in poſſeſſorio ſummariiſſimo quis manutenentiam conſequatur, quoniam in hoc judicio de qualitate poſſeſſionis plane non disquiritur, ſed de ſola illa quæſtione: *an aliquis poſſideat?*

DISTINCTIO IV.
Inter poſſeſſionem *iuſtam & iniuſtam.*

JVſtum alias id vocari conſuevit, quod cum legibus *omni ex parte convenit*, & ſic idem eſt, quod legitimum; *iniuſtum* e contrario, quod voluntati legislatoris *in totum repugnat*. Verum ille ſignificatus in præſenti quidem diſtinctione non indigitatur, ſed *juſta poſſeſſio* hic vocatur, quam quis *titulo ad transferendum dominium habili* acquiſivit, quæ tamen in

eo legibus non raro contrariari poteſt, quod mala fide obtenta fuerit; *iniuſta* e contrario eſt, *ubi eiusmodi titulus deficit*, quamvis etiam bona fides adſit. Sic heres poſſidens rem, quæ anteceſſori defuncto commodata erat, eamque ad defunctum jure dominii pertinuiſſe exiſtimans, in b. f. quidem conſtitutus deprehenditur, ſed nihilominus tamen poſſeſſio ipſius iniuſtæ ſpeciebus accenſenda erit.

Poſſeſſio *juſta*, ſi cetera concurrant, quæ a legibus requiruntur *poſſidenti facultatem uſucapiendi tribuit*, iniuſta autem talem effectum poſt ſe non trahit.

LIB. XLI. TIT. III.

De uſurpationibus & uſucapionibus.

DISTINCTIO I.

Inter *uſucapionem & præſcriptionem.*

QUænam olim inter uſucapionem & præſcriptionem fuerit differentia, de eo DD. alii jam fuſe ante nos ſcripſerunt, ut adeo illis immorari opus non videatur, præſertim cum ad ſcopum noſtrum talia quoque non pertineant, conf. Hahn. *ad Weſenbec. h. t. num.* 3. *verb. uſucapio eſt.* Strauch. *diſſ. Juſtin.* 8. *th.* 5. & 20. Rævardus *in Triboniano,*

no, ſeu de veris uſucapionum differentiis adverſus Tribonianum. c. 5. 6. & 10. quem allegat Dn. Beyer. *Poſ. ff. h. t. ab init.*

Nobis hæc monuiſſe ſufficiat, quod vocabulum *præſcriptionis* hodie quidem uſucapionem ſub ſe comprehendat, vel, ſi mavis, ejusdem ſynonymum ſit; quod tamen nihilominus ea adhuc obſervari ſoleat differentia, *ut de rebus incorporalibus ſola præſcriptio prædicetur*, non autem uſucapio, unde incongrue haud dubie faceret, qui actionem, vel ſervitutem ſe uſucepiſſe dicere vellet. Accedit hoc etiam, quod *uſucapio ſemper & actionem & exceptionem producat*, non ſolum enim tutum poſſeſſorem, ſed & tutum dominum (poſt amiſſam poſſeſſionem) efficit, quod quidem in præſcriptione *intuitu ſervitutum* eodem modo ſe habet, ubi actio confeſſoria poſt completum præſcriptionis tempus præſcribenti competit, verum *intuitu actionum* ſola exceptio ex præſcriptione oritur.

Interim juxta obſervantiam fori tam in uſucapione, quam in præſcriptione *bona fides requiritur*, & ſic hac ratione iterum non differunt.

DISTINCTIO II.

Inter corpora *unita, conjuncta* & *disjuncta* in materia uſucapionis conſiderata.

U*Nitum* corpus Pomponius, principia philoſo-

loſophiæ Stoicæ ſecutus, in *l.* 36. *pr. ff. h. t.* deſcribit, quod uno ſpiritu conſtat, ut homo, tignum, lapis & ſimilia, quam definitionem & Paulus approbat in *l.* 23. §. 5. *ff. de rei vind.* & ſtatuam exempli loco ponit.

Conjunctum eſt, quod ex pluribus partibus cohærentibus, vel ſe contingentibus, componitur, ut domus, navis, armarium, *d. l.* 30. *pr. h. t.*

Disjunctum autem *d. l.* vocatur, quod ex diſtantibus conſtat, ut corpora plura non ſoluta, ſed uni nomini ſubjecta, v. g. populus, legio, grex.

Unita pro parte non uſucapiuntur, ſed ſimul integra acquiruntur, in *conjunctis* contra, hic enim unam ego partem, v. g. ædium uſucapere poſſum, alter autem alteram, quo ſenſu intelligi debet, quod dicit Lauterbach. *Comp. jur. h. t. re conjuncta tota acquiſita partes acquiſitas non eſſe*, ſi ſcilicet alius eas partes interim non minus animo ſibi habendi poſſedit, quam ego maximam partem, (vocem enim *totius*, qua utitur Lauterbach, pro maxima parte accipiendam eſſe exiſtimo.) In dubio tamen, ſi talis poſſeſſio rei particularis a tertio doceri non poteſt, ille qui maximam partem uſucepit, etiam reliqua uſucepiſſe intelligitur. Et hic ergo differentia inter *conjuncta* & *disjuncta* ſeſe exerit. Scilicet in disjunctis, una v. g. ove poſſeſſa & uſucapta, non ſtatim omnia reliqua corpora uſucapta ſunt, neque hic, qui omni-

omnium poſſeſſionem allegat, præſumptionem pro ſe habet, ſed ad probationem tenetur.

Hæc latent in effato Pomponii in *d. l. 30. h. t.* quando dicit: *Primum genus* (unitorum) *in uſucapione quæſtionem non habere: ſecundum* (coniunctorum) *& tertium* (disjunctorum) *habere.*

LIB. XLII. TIT. I.

De re judicata & effectu ſententiarum & interlocutionibus.

DISTINCTIO I.

Inter ſententiam *interlocutoriam & definitivam.*

I*Nterlocutoriam* vocant, quæ punctum incidentem minus principalem & ad deciſionem cauſæ nihil conferentem determinat, v. g. quando judex definit, an cautio ſit præſtanda ab actore, annon: an reliquæ exceptiones, a reo forſan oppoſitæ, relevantes ſint, annon? *definitivam* e contrario, quæ toti negotio principali finem imponit, reum vel abſolvendo, vel condemnando. Hinc quando judex pronunciat, daß Beklagter ſich auff die Klage/ immaſſen ſie anbracht/ vel noch

zur

Digitized by Google

zur Zeit/ vel allhie / einzulaſſen nicht ſchuldig/ interlocutoria; quando autem ita: Daß Beklagter ſich auff die Klage einzulaſſen nicht ſchuldig/ vel: daß Er von der wider ihn angeſtelleten Klage zu entbinden / ſententia definitiva eſt.

Uſum in eo ponunt. Sententiam *interlocutoriam* judex *retractare poteſt*, non vero definitivam, *l.* 14. 42. & 55. *ff. h. t.* quia poſt ſententiam hancce latam ſemel officio ſuo functus eſt, ſive bene, ſive male hoc fecerit, quod in *cit. l.* 14. & 42. de prætoris ſententia etiam dicitur, v. Gail. *lib.* 1. *obſ.* 81. *num.* 16. Hoc tamen quoad uſum fori aliter ſeſe habere exiſtimo. Quemadmodum enim judex apud Romanos ſententiam ſuam interlocutoriam *ob juſtas probabilesque cauſas*, non autem pro lubitu & quia placebat, mutare poterat, vid. Mev. *P.* 2. *Dec.* 374. Brunnem. *ad l.* 14. *ff. h. t. num.* 2. ita quoque eadem mutandi & corrigendi poteſtas hodie noſtris judicibus *ex iis cauſis* quoad ſententiam definitivam competit. Huc pertinet, quod *S*axones per modum leuterationis, Pomerani per reſtitutionem in integrum, Hamburgenſes ſub voce reviſionis, & alibi per modum vel itidem reviſionis, vel ſupplicationis, vel quocunque demum alio titulo ſententias quascunque interlocutorias & definitivas *coram eodem judice impugnent*, qui etiam non ſemper acta ad extraneum judicem transmittit, ſed ipſe ſæpius pro-

propriam ſententiam corrigit, cum dedecus non ſit, conſilium in melius mutare, circumſtantiis rei melius perſpectis.

Porro de iure Romano uſus præſentis diſtinctionis *ratione facultatis appellandi* ſeſe exſerebat. Scilicet *a ſententia definitiva quidem appellare permittitur, neutiquam vero ab interlocutoria, v. l. 2. C. de Epiſc. aud. l. 7. C. quor. appell. recip. ibique Gothofred.* Sed de iure canonico & moribus noſtris plerumque iterum contrarium obſervatur, & inter ſententiam definitivam atque interlocutoriam nulla fere hoc intuitu ſtatuitur differentia. De iure canonico v. *c.* 10. & 12. *X. de appellat.* De praxi confer Rittershuſium *de differ. jur. civ. & canon. l.* 5. *c.* 25. Brunnemannum *Proc. civ. cap. 28. num. 6. & 7.* qui tamen Cameram Imperialem jus ciuile ſequi teſtatur, (add. Gail. *l.* 1. *obſ.* 129.) & in Marchia Electorali idem obtinere aſſerit. Et nemo ſane diffiteri poteſt, non parum prodeſſe illam iuris canonici diſpoſitionem hiſce, qui nihil niſi protractionem proceſſuum meditantur, unde laudandi ſunt principes, qui ius Romanum in iudiciis ſuis juri canonico iterum præferunt.

Quamvis vero, ut dictum, canones *ratione facultatis appellandi*, utramque ſententiam, interlocutoriam & definitivam, ſibi exæquaverint, differentiam tamen nihilominus adhuc *ratione modi appellandi* introduxerunt. Scilicet (1.) a ſententia *definitiva* alernative, vel in

in ſcriptis, vel viua etiam voce, aut ſtante pede appellare permiſſum eſt, ſed vero ab *interlocutoria* ſi provocatur, hoc ſemper in ſcriptis fieri debet, *c.*1. *de appellat. in* 6.(2) Quoties a ſententia *definitiva* appellatur, toties, ut cauſæ appellationis exprimantur, præciſe neceſſarium non eſt; ſed hoc iterum in appellatione a ſententia *interlocutoria* ſecus ſe habet, *d. c.* 1. *de appell. in* 6. Sed quid in judiciis noſtris hic obſervatur? Certe quod Brunnem. *loc. cit. num.*4. dicit, *conſuetudine introduci poſſe, ut quis viva voce ab interlocutoria appellare queat*, in plerisque locis introductum eſſe exiſtimo, ut non ſolum viua voce, ſed quoque absque expreſſione cauſæ appellationis a ſententiis interlocutoriis ſemper appelletur, nec memini unquam in actis me legiſſe, quod ex hoc capite formalia appellationis eo caſu impugnata fuerint.

DISTINCTIO II.

Inter ſententiam interlocutoriam *ſimplicem & mixtam.*

SImplex eſt, quæ ſuper tali puncto profertur, ex quo cauſæ principali ne minimum quidem præiudicium imminet, v. g. in puncto cautionis, termini anguſti, libelli inepti, &c. ſive enim admiſſa fuerit eiusmodi exceptio per ſententiam interlocutoriam, ſive penitus reiecta, nihilominus tamen vel actor in cauſa ob-

obtinere, vel reus abſolutionem impetrare poteſt, ſi modo fundamentum actionis, vel exceptinis recte ſeſe habeat.

Mixta autem dicitur, quæ ita comparata eſt, ut per neceſſariam conſequentiam ipſi cauſæ principali præiudicium faciat. Sic v.g. produco teſtem, vel inſtrumentum aliquod, tu excipis, teſtem prorſus eſſe inhabilem, vel inſtrumentum eſſe falſum, aut alio vitio laborare, judex pronunciat, nec teſtem, nec inſtrumentum eſſe admittendum, hic ſane talis interlocutoria toti cauſæ damnum irreparabile infert, quoniam ſi hic teſtis, vel hoc inſtrumentum admitti non debet, ego neceſſario cauſa cado, cum aliis teſtibus, vel documentis plane deſtitutus ſim. Idem eſt, ſi ex ſententia interlocutoria aliud irreparabile damnum oriatur, quo pertinet exemplum in *l. 2. ff. de appell. recip. ſi quæſtionem in civili negotio habendam judex interlocutus ſit, vel in criminali, ſi contra leges hoc faciat.*

Uſus in eo conſpicitur iuxta leges Romanas. *Ab interlocutoria ſimplici non licet appellare, bene tamen a mixta,* utpote quæ quoad effectum, inde profluentem, definitivæ æquiparatur, *v. d. l. 2. ff. de appell.* Menoch. *l. 2. A. Q. caſ.* 490. Scaccia *de appellat. qu.* 17. *limit.* 4. *membr.* 1. *num.* 84. *ſequ.* Brunnem. *de Proc. civ. d. cap.* 28. *n.* 2. Verum enim vero poſtquam ad *diſt. præced.* dictum, quod jure canonico & moribus noſtris ab omni interlo-

cutoria appellari poſſit, hinc quoque præſentis diſtinctionis uſus non adeſt, niſi in illis provinciis, ubi *canonum litigioſa inventio* iterum *exploſa*, ſunt verba cit. Brunneman. *d. l. n. 8.*

DISTINCTIO III.

Inter ſententiam contra jus in *theſi* & *in hypotheſi*.

PRior, quæ etiam *contra jus conſtitutionis* lata dici ſolet, directo contradicit diſpoſitoni legislatoris, & quando hic e. g. ſtatuit, impuberem non poſſe teſtari, mulierem ex fidejuſſione, filiumfam. ex mutuo non obligari, tunc judex nihilominus teſtamentum impuberis validum eſſe pronunciat, mulierem etiam & filiumfam. ad ſolvendum id, quod fidejubendo promiſerat, vel mutuo acceperat, adſtringit, &c.

Poſterior, contra jus partis lata, non quidem legibus contrariatur, in eo tamen a tramite recti recedit, quod actis non diligenter perluſtratis neque ſatis cognitis cauſæ momentis, & ſic præcipitanter prolata fuerit, v. g. quando diſputant partes, utrum teſtator impubes, vel utrum debitor, mutuum accipiens, filiusfamilias fuerit, & licet in actis utrumque, ætas ſcilicet impubes, & conſtitutio ſub patria poteſtate, ſatis probatum, judex tamen probationem tanquam non ſufficientem rejicit, daß

Kläger

Kläger dasjenige/ ſo ihm zu beweiſen aufferleget/ wie recht nicht erwieſen.

Poſſes etiam dicere, quod *prior* ex ignorantia juris, *poſterior* ex ignorantia facti proveniat, & quod *priori* caſu judex in interpretando, *poſteriori* autem in applicando potiſſimum peccet,

Uſus hic eſt. Sententia *contra jus in theſi lata*, eſt ipſo jure nulla, & intra 30. annos impugnari poteſt, ea vero, *quæ contra jus in hypotheſi*, quamvis etiam interdum nulla vocetur, intra 10. dies tamen per appellationem, vel aliud remedium eſt impugnanda, *l. 1. §. 2. ff. quæ ſent. ſine appell. l. 2. C. quand. prov. non eſt neceſſ.* v. Lauterbach. *h. t.*

DISTINCTIO IV.

Inter *ſententiam & rem judicatam.*

SEntentiæ nomen a primo ſtatim momento competit pronunciato judicis, *res judicata* autem tunc demum vocatur, quando fatalia, intra quæ impugnari poterat, elapſa ſunt, id eſt, regulariter poſt decendium, aut quando ſententia ex capite nullitatis impugnari poterat, poſt triginta annos. Quoad uſum nihil aliud adduci poteſt, quam quod circa *ſententiam* adhuc quæſtio ſuperſit, *an bene, an male illa lata fuerit*, quod fit in leuteratione, appellatione, reſtitutione, reviſione, ſupplicatione, &c. at vero intuitu *rei judicatæ* nihil am-

plius disquiritur, quam *an ita pronunciatum fuerit?* Quemadmodum enim de legibus earumque qualitate non licet diſputare ſubditis, ita nec partibus de qualitate rei judicatæ, unde dicitur, **das Urtheil habe die Krafft Rechtens beſchritten/** & quod res judicata ex nigro album & ex albo nigrum faciat. Quamvis vero B. Brunnem. *ad l. 36. ff. fam. herciſc. n. 7.* pie moneat, rem judicatam eſſe vinculum juris civilis, quod non ſtringit in conſcientia, & *ad l. 28. ff. de condict. indeb. n. 7. & 8.* item *injur. eccleſ. lib. 1. c. 6. membr. 1. §. 19.* fore, ut in futuro ſeculo omnis res judicata reſcindatur; in foro tamen externo aliquis compelli non poteſt, ut a commodo, quod ex re judicata habet, iterum diſcedat.

LIB. XLII. TIT. II.

De confeſſis.

DISTINCTIO I.

Inter confeſſionem *in jure* & *in iudicio* factam.

Diſtinctio hæc, ut quilibet primo intuitu advertit, ex moribus Romanorum & diſtincto apud eos officio prætoris & judicis pedanei profluit. Et ergo, quia talis offi-

officiorum diverſitas apud nos non amplius in uſu eſt, uſum quoque habere non poteſt. Volunt quidem communiter D D. ne nihil hic dixiſſe videantur, dictam diſtinctionem ita applicare, ut confeſſio *in jure* apud nos ſit, *quæ ante litem conteſtatam; in judicio* autem, *quæ poſt eam* facta eſt; verum hoc male applicari puto, Experientia enim quotidiana teſtatur, quod ſive ante, ſive poſt L. C. fiat confeſſio a reo, indiſtincte tamen decreto aliquo, aut quod hic eodem recurrit, ſententia opus ſit, quia una eademque perſona utroque tempore cognoſcit, hujus utrobique etiam eadem eſt poteſtas.

DISTINCTIO II.

Inter confeſſionem *iudicialem* & *extraiudicialem*.

HIc in effectu nihil intereſſe puto, niſi quod *confeſſio judicialis facilius probari poſſit, quam quidem extrajudicialis*, quod ubique ita ſeſe habet, quotiescunque judicialia extrajudicialibus opponuntur. Quamvis vero *extrajudicialem* confeſſionem ſemiplenæ tantum probationi effectum tribuant nonnulli, v. Struv. *S. J. C. Exerc.* 44. *th.* 25. niſi acceptata fuerit ab adverſario, Zœſius *ad h. t. n.* 15. Schöpffer. *Synopſ. jur. h. t. n.* 15. Rectius tamen adſtruere videtur Lauterbach. *h. t.* illam effectum plenarium habere etiam ſine acceptatione, *modo alias plene*

probari poſſit, ſcriptura, vel teſtibus. Non obſtat *l. 58. §. f. ff. de Ædil. Edict.* ad quam provocat Struvius. Caſus enim ibi erat de confeſſione ſervi, qui ſe jam ante venditionem fugitivum fuiſſe confitebatur, & quæſtio exinde oriebatur: an actio redhibitoria *contra dominum priorem vendentem ex confeſſione ſervi venditi* locum haberet? quam recte negat JCtus, nobis autem in præſenti ſermo eſt de eo caſu, ſi *ex confeſſione propria contra ipſum confitentem* actio inſtituitur.

Itidem non obſtat *c. fin. X. de ſucceſſ. ab inteſt.* ad quod porro provocat Struvius *loc cit.* Ibi enim Abbas confeſſus erat, alterum obtuliſſe bona ſua monaſterio, & ergo quæſtio inſtituebatur, *an confeſſio in cauſa quodammodo propria nobis proficere & plenam probationem pro nobis facere poſſet?* quod recte negatur in *d. c.* at vero nos quærimus: *an confeſſio nobis nocere, & plenam probationem contra nos facere poſſit?* quam quæſtionem nemo jure negare poterit. Tu ſaltem hic obſerva, benevole Lector, ita ſæpe a DD. etiam celebribus, adferri leges & canones ex utroque jure, qui tamen ipſis magis obſunt, quam proſunt, unde non ſtatim metuendus eſt allegationum cumulus.

DISTINCTIO III.

Inter confeſſionem *veram* & *fictam*.

F*icta* confeſſio ex continuata contumacia provenit, v. g. ſi documentum in contuma-

maciam pro recognito habetur, vel in Saxonia lis pro affirmative conteſtata accipitur, unde formula citandi apud Saxones, daß Beklagter *ſub pœna confeſſi & convicti* ſich auf die erhobene Klage einzulaſſen und zu antworten ſchuldig. *Vera* vel ex verbis alterius, vel ex liquidis factis provenit.

Quoad *cauſas quidem civiles* inter utramque confeſſionem non deprehenditur differentia, ſed executio tam contra illum, qui ficto, quam qui vere confeſſus eſt, decernitur; adeſt tamen uſus hujus diſtinctionis quoad *cauſas criminales*, quippe in quibus condemnatio quidem *ex confeſſione vera* fieri poteſt, modo de corpore delicti conſtet, *v. l. 1. §. f. ff. de quæſtion.* nunquam autem *ex ficta*, quippe quæ non eſt luce meridiana clarior, qualis in criminalibus requiritur.

LIB. XLII. TIT. IV. & V.
Quibus ex cauſis in poſſeſſionem eatur,

&

De rebus autoritate iudicis poſſidendis ſeu vendundis.

DISTINCTIO I.

Inter miſſionem ex *primo & ſecundo decreto*.

JUxta communem DD. explicationem *miſſio ex primo decreto* decerni ſolet *ob ſolam contumaciam alterius*, ut ſcilicet tædio compoſſeſſionis adfectus, veniat reſponſurus, ſive pariturus: aſt *miſſio ex ſecundo decreto* nunquam fit *ſine prævia cauſa cognitione, ſed meritis cauſæ perſpectis & excuſſis* demum decernitur, v. Lauterbachium, Weſenbecium, Struvium, alioſque paſſim *ad h. t.*

Prior nudam cuſtodiam tribuit, ſeu ius compoſſidendi, & ergo etiam in bona furioſi, pupilli & ſimilium fieri poteſt; ſed *poſterior* jus dominii in caſu de damno infecto, in reliquis autem jus vendendi & ſubhaſtandi bona debitoris tribuit, *v. cit. DD.* & ergo in bona

co-

Digitized by Google

eorum, qui ſub tutela, vel cura adhuc ſunt conſtituti, fieri nullo modo poteſt.

Ita de jure Romano ſecundum DD. opinionem. Sed quæritur, quid hodie in praxi obtineat? Sane quemadmodum non improbabilis eſt eorum opinio, qui aſſerunt, diſtinctionem inter miſſionem ex primo & ſecundo decreto juxta LL. Romanas abſtrahendo a DD. opinione nullibi, niſi in caſu damni infecti, eſſe fundatam, & in reliquis cauſis ex uno eodemque prætorio edicto & bona poſſeſſa & vendita fuiſſe, v. Schiffordegher. *ad Ant. Fabr. de error. pragmat. lib.* 1. *tract.* 7. Dn. Lic. Cellarius, adfinis noſter coniunctiſſimus, *in Diſp. inaug. de Proceſſ. jur. Rom. antiqu. cap.* 3. *num. ult.* cui quæſtioni theoreticæ tamen in præſenti non immorabimur: ita quoque aſſerere nullus dubito, miſſionem ex primo & ſecundo decreto in foris Germaniæ nunquam receptam & frequentatam fuiſſe, cum ad coercendam contumaciam alia apud nos remedia adhiberi ſoleant, v. g. multæ indictio, perſonæ prehenſio, pignorum captio, unde ea miſſio, quæ apud nos poſt præcedentem rem judicatam decernitur, licet facultatem ſubhaſtandi & vendendi bona debitorum creditoribus tribuat, ex ſecundo tamen decreto dici nequit, quia primum non præceſſit.

Jure Saxonico quidem executio varios actus in ſe continet, nempe *executionem in ſpecie talem* & *immiſſionem*, de quibus fuſe agit

Swendendörff. *in not. ad Fibig. c. 2. §. 24.* ſed ſi quis eos cum diſtinctione inter primum & ſecundum decretum comparare, vel plane exinde deducere vellet; is eodem defectu judicii laboraret, quam alii, qui diſputant, an arreſtum Saxonicum pignus prætorium, an judiciale tribuat, cum revera ad neutrum referri poſſit.

Lib. XLII. Tit. IV.

De Separationibus.

DISTINCTIO I.

Inter *veram & quaſi* ſeparationem.

Q*Uaſi ſeparationem* jam ſupra deſcripſimus *lib. XIV. Tit. IV. pag. 10.* quod ſcilicet hodie ad eum caſum pertineat, ſi quis mercator plures tabernas habet, & aliquis hujus, alter alterius intuitu ſpeciatim credidit, & quod tunc quilibet quoad bona in illa taberna reperta, cuius intuitu contraxit, orto concurſu creditorum, præferatur reliquis, qui aliarum tabernarum intuitu crediderunt.

Pertinet tamen ad *quaſi ſeparationem* etiam ille caſus, ſi venditor vel ante, vel in ipſa traditione *hypothecam in re vendita ſibi reſeruauit*, qui omnibus reliquis, etiam hypothecam genera-

neralem anteriorem in debitoris bonis habentibus, præfertur, Carpzov. *P. 1. Conſt. 28. def. 20.* Item *creditores, qui intuitu peculii caſtrenſis crediderunt*, poſſunt ejus peculii ſeparationem petere a reliquis bonis, & propterea præferuntur aliis creditoribus, qui filio ante militiam crediderunt, *l. 1. §. 9. ff. h. t.* Brunnem: *Proc. Conc. Cred. cap. 5. §. 13. ibique* B. Stryk. *in not.*

Veræ ſeparationis beneficium datur in eo caſu, quando e. g. pater & filius brevi tempore unus poſt alterum mortuus, uterque autem maximum æris alieni cumulum poſt ſe reliquit, tunc ſcilicet creditores patris, quando vident, bona filii propriis ipſius creditoribus non ſufficere, ſeparationem utriusque maſſæ bonorum hereditariorum petere poſſunt, *v. l. 1. §. 1. & t. t. ff. de ſeparat.* ita tamen, ut hoc intra quinquennium poſt aditionem numerandum fiat, & bona non ſint ita commixta & confuſa, ut ſeparari planenon poſſint, *d. l. 1. §. 12. & 13. eod.*

Introductum eſt hoc beneficium *in gratiam creditorum chirographariorum*, quibus enim hypotheca a patre conſtituta fuit, illi quoque absque eodem creditoribus filii præferuntur, niſi forſan creditores filii ſint privilegiati, v. g. impenſæ funeris, dos uxoris, mercedes famulorum, &c. nam & tunc creditoribus paternis hypothecariis hoc beneficio opus eſt, niſi velint, ut bona ab ejusmodi creditoribus filii

ſibi

Digitized by Google

ſibi præripiantur, vid. Brunnemann. *l. c.* §. 12. *ibique not.* add. Einleit. zum Concurs-Proceß *cap.* 11.

LIB. XLII. TIT. VII.
De curatore bonis dando.

DISTINCTIO I.
Inter curatorem *bonorum* & *minoris*, *furioſi* &c.

AD curam *minoris, furioſi, prodigi*, &c. *invitus aliquis compellitur*, niſi juſtas & in LL. approbatas cauſas habeat, quia illa cura eſt munus publicum, *pr. J. de excuſ. tutor.* quod in *cura bonorum* ſecus, *l.* 2. §. 3. *ff. h. t.* unde etiam curatores minorum gratis adminiſtrant, non vero curatores bonorum.

Minores &c. habent tacitam hypothecam in bonis curatorum ſuorum, *l.* 20. *C. de admin. tutor.* non autem *creditores* in bonis curatoris bonorum, nec *abſentes*, nec *ab hoſtibus capti*, nec *heredes ſcripti de adeunda hereditate deliberantes*, quorum vice curator interim bona adminiſtrat, *v. l.* 19. §. 1. *l.* 20. *l.* 21. & *l.* 22. *ff. de reb. aut. jud. poſſid.*

In eo tamen convenit utraque cura, quod inventarium ſit conficiendum, ſatisdatio præſtanda, & jurandum de fideli bonorum adminiſtra-

niſtratione, Lauterbach. *Comp. jur. h. t.* quamvis hodie plerumque juramentum nec a minorum, nec a bonorum curatoribus exigi, ſed judex nuda promiſſione contentus eſſe ſoleat.

Sed utrum etiam in quæſtione: *quisnam curator eſſe posſit*, ab una cura ad alteram valebit conſequentia? *In dubio*, inquit Lauterbach. *l. cit. valet argumentum ab illo* (minoris) *curatore ad hunc*, (curatorem bonorum) *niſi ratio, vel juris diſpoſitio obſtet, quod fit e. g. quod creditorum aliquis hic eſſe posſit curator, l. 2. §. 4. h. t.* Hactenus bene. Sed ea non videntur adeo cohærere, quæ paulo ante adducuntur, *quod ſcilicet nec minor, nec mulier curam bonorum gerere valeat.* Nam quod textus adductos attinet, *l. 9. ff. de curat. furioſ. l. f. ff. de tutel. l. f. C. de legit. tut.* in illis nihil reperitur, ex quo aſſertum Lauterbachii ſtabiliri poſſit. Sed tamen ad identitatem rationis provocat Lauterbachius. Imo potius ego ad diſparitatem provocarem. Minores, furioſi, prodigi & ſimiles non gaudent ipſi judicio diſcretivo, ut ſibi curatores conſtituere poſſint, & ergo quia conſtitutio ab aliis fieri debet, ab his tales perſonæ ſunt conſtituendæ, quæ optime rebus minorennium præeſſe poſſunt, alias enim ad rationes reddendas obſtringerentur conſtituentes, *quod minori, furioſo, &c. tanquam tertio, præjudicium intulerint* per negligentiam ſuam: at vero creditores ipſi curatorem bonorum ſibi eligunt,

gunt, unde ipſis quoque liberum, qualem perſonam, an idoneam, an minus idoneam huic officio præficere velint, quis enim dubitaret, *creditores ſibi ipſis præiudicium inferre poſſe?* Convenit praxis cum noſtra opinione, ubi haud raro viduæ debitoris adminiſtratio bonorum conceditur, vid. Brunnem. *de Proc. conc. cred. c. 1. §. 11.*

DISTINCTIO II.

Inter *curatorem bonorum* & *contradictorem.*

DIverſa hæc officia in proceſſu concurſus creditorum locum ſuum inveniunt. Scilicet *curator bonorum* bona, ad maſſam debitoris pertinentia, adminiſtrat, fructus colligit, omniaque reliqua vice debitoris expedit, uno verbo: *œconomiæ eſt præpoſitus*; at *contradictor* nomine debitoris abſentis, vel mortui, inſtrumenta, a creditoribus producta, recognoſcit, & exceptiones pro re nata iisdem opponit, & ſic *proceſſus curam gerit.* Sæpius tamen officium curatoris bonorum & contradictoris in una eademque perſona concurrit, præſertim ſi bona, ad concurſum ſpectantia, non adeo ampla ſunt, ut eorum adminiſtratio integrum hominem requirat, *v. loc. cit.* §. 10. conf. Einleit. zum Concurs-Proceß *c. 4. tot.*

LIB. XLIIII. TIT. I.

De interdictis, ſive extraordinariis actionibus & quæ pro his competunt.

DISTINCTIO I.

Inter *interdicta & actiones* (ordinarias.)

HÆc duo ab invicem quam accuratiſſime diſtinxiſſe multum refert. Scilicet in *interdictis* ſolummodo ad *poſſeſſionem* provocatur, ea loco medii termini in libello ponitur, & in conceptione ſententiæ non rei, ſed poſſeſſionis reſtituendæ mentio injicitur, quæ omnia in *actionibus* ſecus ſe habent, ubi ſtatim in libello ad *jus* provocatur, & de eo per integrum proceſſum diſputatur.

Deinde in interdictis, *proceſſus non ita eſt prolixus*, prout quidem in actionibus. Ita communiter. Sed non abſque juſta cauſa quæritur, in quonam hoc demum ſeſe exſerat, cum in compendiis communiter altum de eo ſit ſilentium. Puto, totam rem ad hæc duo puncta recurrere: (1.) *in actionibus quæcunque exceptiones admittuntur*, etiamſi altioris indaginis ſint, unde ſi v.g. hereditatis petitionem inſtituo, reus autem opponit, rem aliquam, in hereditate repertam, non pertinuiſſe ad defunctum;

ctum, & ad teſtes provocat, expectandum eſt examen teſtium, & antequam ſuper depoſitione ab eiusmodi teſtibus facta cognovit iudex, ad ſententiam definitivam non devenitur, quamvis aliquot anni prætereant. E contrario autem *in interdictis nullæ admittuntur exceptiones, niſi quæ in continenti, id eſt, per inſtrumenta, vel per iurisiurandi delationem probari poſſunt*, reliquæ ad reconventionem reiiciuntur, *v. l. ult. C. quor. bon.* Menoch. *remed. adipiſc. poſſ. remed.* 1. *num.* 103.

(II.) *In actionibus admittuntur contra ſententiam prolatam quæcunq; remedia ſuſpenſiva*, ſive ea ſub nomine appellationis, leuterationis, reviſionis, ſive quocunque alio veniant; ſed vero *in interdictis remediis eiusmodi ſuſpenſiuis locus plane non datur*, quod enim in illis amittitur, id facile deinde per petitorium, vel ſi mavis, per reconventionem reparari poteſt, conf. B. Stryk. *de act. forenſ. inveſt. ſect.* 2. *membr.* 3. §. 9. Einleit. zum Civil-Proceß c. 1. §. *VI. ſeqq.*

DISTINCTIO II.

Inter interdicta *adipiſcendæ, retinendæ & recuperandæ poſſesſionis.*

USus duplex eſt. Interdicta *retinendæ* poſſesſionis cum iudicio petitorio nunquam cumulari poſſunt, quoniam hoc contradictionem manifeſtam involueret, fundare ſe in poſſesſione, & tamen rei reſtitutionem ſimul petere,

tere. Sed quid de interdictis *adipiſcendæ, vel recuperandæ poſſesſionis?* De jure canonico juxta *c.3. & ſeqq. X.de cauſ,poſſ. & propr.* ut & de praxi cumulationem fieri poſſe concedit Lauterbach. *Comp.jur.h. t.* de jure civili autem negat per *l.1.C. de appell.* ſed illa lex ei ne minimum quidem patrocinatur. *Prius de poſſeſſione pronunciare & ita crimen violentiæ excutere præſes provinciæ debuit: quod cum non feçerit, juſte ab eo provocatum eſt,* hæc ſunt verba citatæ legis, ergo, infert Lauterbach, cumulatio interdicti recuperandæ poſſesſionis cum petitorio non eſt permiſſa, ſed quis hoc ex allegatis verbis inferret? Non obſcure potius ex lege colligitur, actorem egiſſe interdicto unde vi; Reum autem de dominio excepiſſe,& judicem neglecto illo interdicto de dominio cognoſcere voluiſſe, quo ipſo maximum actori præjudicium inferebatur. Sed quid hoc ad caſum, ſi actor utrumque remedium ſimul cumulat? Alii aliter ſtatum controverſiæ ex *d.l.1.* formant, de quibus vid. Brunneman. *Comm. ad eand.* ſed horum ſententia, quamvis nobis non contradicat, minus tamen accurata eſſe videtur.

Deinde *interdictum retinendæ poſſeſſionis adhuc favorabilius eſt, quam reliqua.* Vocatur enim *ſummariiſſimum*, quod prædicatum reliquis, quantum ego quidem memini, nullibi adſignatur. Et hoc nec libellum requirit, nec litis conteſtationem, nec ſolennem probatio-

nem, nec ordinariam etiam ſententiam, ſed quamprimum actor quocunque modo poſſesſionem ſuam demonſtravit, judex quoque per modum nudi mandati (manutenentiæ vocant aliqui) integram cauſam definire poteſt. In reliquis autem interdictis conſuetus proceſſus obſervatur, duobus illis ſolum exceptis, de quibus modo dictum, ſcilicet ratione exceptionum altioris indaginis & beneficiorum ſuſpenſivorum.

DISTINCTIO III.

Inter poſſeſſorium *ſummarium, poſſeſſorium ordinarium & petitorium.*

De modo procedendi in poſſeſſorio *ſummario (ſummariisſimo & momentaneo,* prout alias etiam vocatur,) jamjam ad *diſt. præc.* diximus. Hoc nunc addendum erit, quod in eodem de hiſce duabus quæſtionibus ſolum agatur: (1) *an quis posſideat?* & (2) *quis juniorem & præſentem poſſesſionem habeat?* ex quarum quæſtionum deciſione leviuſculum ſaltem & momentaneum præiudicium in alterum, contra quem pronunciatur, redundat, unde profluit, quod exceptiones contra perſonas & dicta teſtium hic non admittantur, ſed recta via ad deciſionem cauſæ progrediatur judex, v. Menoch. *de retin. poſſ. remed. ult. n. 6.* Gail. 1. *obſ. 17.* Cludius *rer. quotid. cap. 7. ſeq.* Poſthius, item

item Pfannkuch *in pecul. tract. de poſſeſſorio ſummariiſſimo.* Struv. *S.J.C. Ex.* 45. *th.* 173.

In *poſſeſſorio ordinario* hæ quæſtiones ventilari conſueverunt: (1.) *quomodo quis poſſideat*, an vi, clam, precario, an juſte? (2) *quis in antiquiore poſſesſione conſtitutus deprehendatur?* & hic libello, litis conteſtatione & plenis probationibus opus eſt, nec ratione modi procedendi ulla inter hoc poſſeſſorium & iudicium petitorium adeſſe videtur differentia, Gail. 1. *obſ.* 7. *n.* 2. Struv. *loc. cit.* unde provenire exiſtimo, quod ſæpe litigantes, poſthabito illo, ſtatim ad petitorium ſeſe conferre ſoleant.

In *petitorio* autem de *titulo poſſeſſionis* disquiritur, v. g. an aliquis iure emtionis, donationis, inveſtituræ. &c. ea re vel iure utatur. Et hoc petitorium effectum perpetuum tribuit, poſſeſſoria autem, ſive ſummarium, ſive ordinarium nomines, ad tempus ſaltem proſunt illi, in cuius gratiam ſententia fertur. Poteſt tamen fieri, ut interdum etiam in hoc petitorio *de poſſeſſione* diſputetur, de tali ſcilicet, quæ titulum producit, id eſt, quando quis tamdiu iam ſe in poſſeſſione fuiſſe aſſerit, ut *per præſcriptionem* nunc tutus eſſe queat. Hoc ergo petitorium nihil aliud eſt, quam in corporalibus rei vindicatio, in incorporalibus actio confeſſoria, &c.

Reliquæ diſtinctiones, quæ ſub hoc titulo occurrere ſolent, v. g. inter interdicta *realia & perſonalia*: inter *ſimplicia & duplicia*: inter

prohibitoria, reſtitutoria, exhibitoria & mixta, &c. nullam in praxi utilitatem præſtare videntur, & hoc eo minus quidem, quo ipſi DD. quoad explicationem nonnullorum, in ſpecie interdictorum realium & perſonalium, nondum in theoria inter ſe conveniunt, vid. quæ adducit Lauterbach. *Comp. iur. h. t.*

LIB. XLIII. TIT. XIIX.

De ſuperficiebus.

DISTINCTIO I.

Inter *Emphyteuſin*, & *ſuperficiem*.

CUm de differentia genuina inter duas has dominii utilis ſpecies pauca communiter, ea tamen adhuc paululum obſcure tradi ſoleant, operæ pretium eſſe duxi, ut nonnulla hic de ea materia breviter adferrem.

Illud apud omnes fere deprehendes: *ſuperficiarium ſuperficiei quaſi dominum eſſe, in ipſo autem fundo nullum ius ei competere*, quo tamen gaudet emphyteuticarius, ad quem utrumque, & ſuperficies & ipſe fundus, pertinet.

Item: *ſuperficiarium* ſolvere quotannis *ſolarium* den Grund- ſive Bodenzinß / *emphyteuticarium* autem *canonem*, den Erbzinß.

Lauterbachius etiam in *Comp. iur. h. t.* ſuper-

perficiei jus juxta omnes cauſas, juxta objectum, ſubjectum, effectum, contraria, & quæ ſunt ejusmodi bellaria alia, ſollicite reſolvit; ſed perlege omnia hæcce, & tunc reſponde, quid ſolatii exinde tibi obvenerit.

Deprehendit hunc defectum Dn. Beyer *Poſit. ff. h. t. ab init.* & ergo, ut differentiam inveniret inter emphyteuſin & ſuperficiem, nonnullas conjecturas in medium profert, ſcilicet *emphyteuſin ad ſolos agros, hortos, &c. ſuperficiem vero ad ſola ædificia pertinere*, add. Struv. *Jpr. R. G. F. l. 2. tit. 12. §. 19.* item, *emphyteuſin quondam ad ſolos fundos publicos, jus ſuperficiarium autem ad fundos privatos pertinuiſſe*; ſed ex hiſce etiam conjecturis parum ſolatii oritur. Quis enim dubitaret, quin emphyteuſis etiam ad ædificia pertineat? & poſito, non conceſſo, quod emphyteuſis olim ad ſolos fundos publicos pertinuerit, quid hoc ad nos, ſcire enim volebamus, quænam hodie poſſit dari differentia inter emphyteuſin & ſuperficiem? quæ ipſe agnoſcit Dn. Beyer, unde & ſequentia verba addit: *ea vero* (ſcilicet emphytevſi) *ad privatos extenſa, quæ differentia præter objectum ſuperſit, hucusque ignoro*, item paulo ante: *ſe malle diſtincte oſtendi, quomodo jus ſuperficiarium ab emphyteuſi in effectu differat.*

An ergo & nos ignorabimus? Non quidem aliis prudentiores ſumus, ſed tentare tamen licebit, annon & nobis conjectura ſuperſit, ex qua rei aliquod lumen accedere poſſit.

Digitized by Google

Scilicet putamus, DD. recte aſſerere, *quod ſuperficiarius quaſi dominium ſuperficiei, emphyteuticarius autem ipſius fundi habeat*, ſed hoc ſaltem deſideramus, ut res ſubiuncto exemplo aliquo clarior reddatur. Ergo ſuperficiem ab emphyteuſi *intuitu emolumentorum* differre exiſtimamus. Emphyteuticarius omnia commoda percipit, ſive ex ſuperficie, ſive ex fundo proveniant, ſed ſuperficiarius ea ſaltem, quæ ſuperficies profert. Hinc ſi theſaurus inveniatur, ſi metallifodina, ſi ſalinæ detegantur, hæc omnia quidem ad emphyteuticarium pertinebunt, quia *in fundo* fuerunt, minime autem ad ſuperficiarium, quia *ex ſuperficie* non proveniunt. Superficiario enim hoc ſaltem licitum eſt, ut in ſuperficie ædificare, plantare, ſerere, &c. & ex hac inædificatione, plantatione & inſitione commodum percipere poſſit, quæ autem *in fundo latent*, ad ipſum plane non ſpectant, unde emphyteuticarii conditio hoc intuitu potior eſt, vid. Bitſchius *de theſaur. c. 8. §. 143.*

Denique & hæc notabilis admodum eſt differentia, *quod emphyteuſis quidem ob canonem intra triennium non ſolutum amittatur, non autem ſuperficies.* Quamvis enim Struvius *Jurispr. Rom. Germ. l. 2. tit. 13. th. 13.* & alii etiam contrarium ſuſtineant, & ſuperficiem pariter, ut emphyteuſin, intra dictum tempus ob non ſolutum ſolarium amitti putent; ipſis tamen hæc in analogia iuris Romani fundata regula obſtat:

quod

quod quotieſcunque certa pœna in LL. expreſſa non eſt, toties ſolummodo ad intereſſe agi debeat.

Lib. XLIII. Tit. XX.

De aqua quotidiana & æſtiva.

DISTINCTIO I.

Inter aquam *quotidianam & æſtivam.*

QUomodo quoad conceptum differant, exprimit Ulpianus in *l.1.§.3. ff. h. t. quotidiana,* inquit, *ab æſtiva uſu differt, non iure. Quotidiana ea eſt, quæ duci aſſidue ſolet vel æſtivo tempore, vel hyberno; æſtiva autem ea eſt, qua æſtate ſola uti expedit,* v. g. ad irrigandos hortos, & computatur æſtas ab æquinoctio verno usque ad æquinoctium autumnale, ut ſic ſenis menſibus æſtas atque hyems dividatur, *d. l. 1. §. 32. h. t.*

Uſum in eo ponit Lauterbach. *h. t.* quod *in interdicto de aqua quotidiana* hoc ſaltem ratione fundamenti agendi probandum ſit, actorem in anno ante iudicium acceptum hac ſervitute uſum fuiſſe, *etiam unico die vel nocte, l. 1. §. 4. ff. h. t.* In interdicto *de aqua æſtiva* autem requiri uſum *per ſex menſes* prioris æſtatis, *l. 1. §. 31. eod.* Verum enim vero ſi inſpicimus *d. §. 31.* tunc in eo non deprehendimus, quod JCtus *uſum continuum per ſex menſes requi-*

 rat,

rat, ſed hoc ſaltem, actorem probare debere, quod præcedente æſtate in poſſeſſione vel quaſi fuerit, oppoſuit enim æſtatem hyemi, & hoc nihil proficere dixit, licet probare queam, me præcedente hyeme uſum fuiſſe.

Ergo nulla alia differentia remanebit, quam hæc: *Quemadmodum in interdicto de aqua quotidiana probandum, quod actor præcedente anno aliquando, licet unica die vel nocte, ſervitute aquæductus uſus ſit: Ita in interdicto de aqua æſtiva probari oportet, quod præcedente æſtate aliquando, licet unica die vel nocte, eundem uſum actor habuerit.*

LIB. XLIV. TIT. I.

De exceptionibus, præſcriptionibus & præiudiciis.

DISTINCTIO I.

Inter exceptionem *juris ſive actionis* & *facti ſive intentionis*.

UT accurate hic procedamus, ante omnia monendum eſt, per exceptionem facti nos non intelligere *nudam negationem intentionis actoris*, ſed *affirmationem novi facti*, quam inficiationem prægnantem dicunt. Si enim vocabulum *exceptionis* etiam de ejus-

ejuſmodi nuda negatione prædicaretur, apertæ exinde *negativæ litis conteſtationis* & *exceptionis* (rerum diverſiſſimarum) confuſio proflueret, (v. omnino Hilliger *ad Donell. l. 22. c. 1. lit. D.*) & tunc locum haberet, quod aſſerit Hahn. *ad Weſenb. h. t. num. 2. voc. excipere, quod ſcilicet diviſio illa, qua DD. exceptiones in iuris, ſeu iuris agendi, & facti ſive intentionis diſpeſcunt, non ſit generis in ſpecies, ſed vocabuli æquivoci in ſua æquivocata*, addita ratione, *quoniam exceptiones facti non ſunt proprie exceptiones, ſeu excluſiones actionis, ſed vere negationes*. Ergo hic ſtatim ab initio ſupponimus, exceptionem facti non conſiſtere in nuda negatione, ſed affirmationem ſimul involvere.

Sed quæritur nunc, quænam inter exceptiones juris & facti intercedat differentia? Communiter ita dicere ſolent DD. *Exceptio facti* eſt, quando quis nullam actori competere actionem affirmat: *exceptio iuris* autem, quando quidem fatetur reus, ſummo jure actori eandem competere, ſed tamen illam per aliquam allegationem (tanquam iniquam) differri vel excludi ſubjungit, vid. Brunnemann. *Proc. civ. c. 7. num. 1.* Lauterbach. *Comp. Jur. h. t. ab init.* Struv. *S. J. C. Exerc. 46. theſ. 4.* & alios plurimos, qui tamen in omnibus etiam inter ſe non conveniunt. Poſſem hic late excurrere, & diverſas interpretum definitiones corradere, ſed ſcopus meus hoc non patitur, unde, miſſis aliorum opinionibus, illud ſaltem bre-

breviter adducam, quid ego de hac diſtinctione ſentiam, & primo quidem, quomodo eandem mihi concipiam.

Ita autem procedendum eſſe videtur. Defenſiones reorum apud Romanos vel deſcendebant *ex jure antiquo civili*, vel ex poſtfacto demum *a prætore* introductæ erant. Ex hac differentia inter ius ciuile & prætorium ſimul etiam fundamentum diſtinctionis noſtræ præſentis deducitur. Scilicet, ſi reus ſe in æquitate juris prætorii fundat, pro actore autem jus ſubtile vetus militat, tunc exceptio, a reo oppoſita, *juris* vocari conſuevit, id eſt, reus dicit: *Tibi quidem jus aliquod ſtrictum, ſummum & ſubtile competit, in quo actionem tuam fundare potes, ſed illud jus eſt contra æquitatem*, ego itaque tibi exceptionem *juris*, id eſt *juris ſubtilis*, oppono. Hic ergo actor *aliquem prætextum* habet.

Quod ſi vero actor ne quidem jus vetus ſubtile pro ſe allegare queat, & ſic *nullum prætextum* inſtituendi actionem habeat, tunc exceptio *facti* vocatur, id eſt, reus dicit: *Tibi nullum plane ius competit, ſed tuam actionem de facto contra me inſtituis.*

Si dubitas, utrum hæc mea explicatio ad ſenſum juris Romani quadret, evolve *pr. §. 1. & ſeqq. usque ad §. 6. J. de except.* in quibus nonnullæ exceptionum ſpecies referuntur, quæ omnia ad exceptiones *iuris* pertinent: Scilicet deprehenditur ibi exceptio *metus, doli,*

pacti,

Digitized by Google

pacti, iuriſiurandi, rei iudicatæ &c. & toties quoties repetitur, quod quamvis metus, dolus, pactum, &c. intervenerit, nihilominus tamen adhuc competat actio *ipſo iure (v. §. 5. J. d. t.)* ſed quod ſimul tamen iniquum ſit, reum eo nomine condemnari, & propterea huic eius intuitu exceptio concedatur.

Res ex comparatione fiet clarior. Sic *acceptilatione* non ſolum, ſed & *nudo pacto* tollitur obligatio, ſed utrumque tamen medium tollendi obligationem non eſt eiusdem naturæ. Scilicet, ſi debitum *acceptilatione* tollitur, tunc creditor ne minimum quidem prætextum retinet, quo uti poſſet, ſi debitum, hoc modo remiſſum, nihilominus adhuc petere vellet, acceptilatio enim eſt modus tollendi obligationem, legibus civilibus veteribus jam approbatus, unde & obligationem ipſo iure tollere dicitur, vid. Jul. Pacius *in anal. J. ad rubr. tit. quib. mod. oblig. toll.* ergo exceptio acceptilationis ad exceptiones *facti* referenda erit, id eſt, poſt acceptilationem creditor de mero facto debitorem convenit. Contrarium in remiſſione debiti per *nudum pactum* facta obtinet. *Debitor*, ſunt verba §. 3. *J. de Except.) ſi pactus fuerit cum creditore, ne a ſe pecunia peteretur, nihilominus obligatus manet, quia pacto convento obligationes non omnino diſſolvuntur, qua de cauſa efficax eſt adverſus eum actio, quam actor intendit, ſi apparet eum dare oportere; ſed quia iniquum eſt, contra*

pa-

Digitized by Google

pactionem eum condemnari, defenditur per exceptionem pacti conventi. Ergo exceptio pacti ad exceptiones juris referenda erit, id eſt, creditor poſt illud pactum adhuc aliquid juris retinet, & ſic de mero facto debitorem non convenit, v. Pacius *loc. prox. cit.*

Sic ſi quis *in contractu b. fidei dolo* adverſarii deceptus fuerit, exceptio eo nomine decepto competens, *facti* appellabitur, quia nec leges Romanæ ſubtiles creditori hoc caſu adſiſtunt, ſed contractum invalidum pronunciant, *v. l. 16. §. 1. ff. de minor.* At ſi *dolus in contractu ſtricti iuris* admiſſus, ſecundum jus ſubtile vetus contractus ſubſiſtit, (v. quæ diximus ad *tit. de dolo malo*) æquitati tamen repugnat, & ſic exceptio *iuris* conceditur, *v. l. 36. ff. de V. O. ibique Gothofredum in notis.*

Hæc pro explicanda diſtinctione præſenti adduxiſſe ſufficiat. Ceterum vero quod uſum practicum attinet, omnino nullum hic adeſſe puto, niſus autoritate Pauli, qui, licet admodum ſubtilis alias fuerit, ſuo tamen jam tempore ingenue faſſus eſt in *l. 112. ff. de R. J. nihil intereſſe, ipſo iure quis actionem non habeat, an per exceptionem infirmetur.* Quemadmodum enim exceptiones juris in judicio allegandæ, ita quoque exceptiones facti. Et hæ & illæ ab allegante ſunt probandæ, modus etiam opponendi non minus quam tempus, quo in proceſſu opponuntur, in omnibus conveniunt, & ergo, ut duobus verbis me expediam, nihil

nihil remanet, in quo differentia aliqua, diverſum effectum producens, oſtendi poſſet.

Putat equidem B. Brunneman. *Proc. Civ. c. 7. n. 1.* in eo uſum aliquem latitare, *ut ſcilicet ſciamus, quæ exceptio per ſtatuta videatur excluſa,* ſi nempe ſtatutum aliquod adſit, quod omnes exceptiones removendas eſſe jubeat, & in *repetit. paratitl. Weſenbec. h. t. qu. 2.* porro addit, eiusmodi ſtetutum de exceptionibus proprie ſic dictis, id eſt, prout ex *quæſt. præc. 1.* patet de exc eptionibus *iuris* intelligi debere: verum enim vero unde hæc aſſertio ex iure probari poſſit, nondum video, Quoniam enim exceptiones juris tali actioni opponuntur, quæ mero iure ſubtili nititur, & iniquitatem aliquam involvit, *v. tit. J. de except.* non video ſane rationem, ob quam ſtatutum in dubio eiusmodi potius exceptiones iniquitatem tollentes, quam alias, tollere maluerit, unde melius forſan erit, ſi tale ſtatutum cum eodem autore de exceptionibus, quæ in continenti probari non poſſunt, accipiamus.

DISTINCTIO II.

Inter exceptiones nominatas & *innominatas.*

N*Ominatæ* ſunt, quæ certum nomen habent, e. g. ſolutionis, compenſationis, erroris, excuſſionis, &c. *innominatæ*, quæ eo deſtituuntur, quo caſu ad exceptionem in factum, vel do-

doli generalem recurritur, inter utramque tamen in effectu nihil intereſt.

DISTINCTIO III.

Inter exceptiones *prætorias* & *civiles*.

NEque hic apparet uſus aliquis. Quicquid enim de exceptionibus, quæ ex iure civili oriuntur, v.g. ſolutionis, SCti Macedoniani, Vellejani, &c. prædicari poteſt, illud eodem modo etiam ad prætorias, v.g. doli, metus, pacti, rei judicatæ,] &c. pertinet.

DISTINCTIO IV.

Inter exceptiones *dilatorias & peremtorias*.

HIc uſus in eo ſeſe exerit: *Exceptiones dilatoriæ ante litem conteſtatam regulariter in iudicio opponi debent, peremtoriæ autem poſt eandem.*

Exceptio eſt quoad *dilatorias*, quod poſt litis conteſtationem adhuc opponi queant, ſi poſt eam demum ortæ, aut reus eas ignorauerit, quod iuramento eſt aſſerendum, aut judicium nullum reddant, v. g. exceptio legitimationis, aut gravamen ſucceſſivum reſpiciant, v.g. loci non tuti, termini nimis anguſti, &c. quoad *peremtorias* autem, quod hæ illo caſu

caſu ante litis conteſtationem opponi poſſint, ſi in continenti ſint liquidæ, de qua regula & exceptionibus fuſe agit non ſolum Lauterbach. *Comp. jur. h. t.* ſed & DD. communiter *ad h. t.* v. in ſpecie B. Stryk. *introd. ad prax. Cap. 9.* §. 2. *&* 3. *&* c. 16. §. 1. *&* 2.

DISTINCTIO V.

Inter exceptiones *perſonales* & *reales.*

PErſonales, v. g. competentiæ, fori privilegiati, ceſſionis bonorum, &c. nec heredibus excipientis proſunt, nec eius fidejuſſoribus, ſed ſoli excipienti; *reales* e contrario ad hos omnes quoque pertinent, v. g. exceptio ſolutionis, compenſationis, metus, doli, &c. *l.* 7. *ff. h. t.* Addit adhuc tertiam ſpeciem, exceptionem *mixtam* ſcilicet, Lauterbach. *h. t.* & eo refert exceptionem reſtitutionis ex cauſa ætatis, quæ in eo a realibus recedit, quod ad heredes quidem transmittatur, non tamen fidejuſſoribus competat, niſi læſio dolo adverſarii minorenni illata fuerit, *v. l. 13. pr. ff. de minor.* & *l. 1. & 2. C. ſi adverſ. fideiuſſor.*

Digitized by Google

LIB. XLIV. TIT. VII.

De obligationibus & actionibus.

DISTINCTIO I.

Inter obligationem *naturalem, civilem & mixtam.*

HÆc diſtinctio ex ſequenti fundamento profluit: Jus naturæ & ius civile Romanorum interdum ſibi mutuo *adſiſtunt*, interdum vero alterum ab altero *recedit*. *Priori* caſu DD. vocant obligationem mixtam, ex qua & actio & exceptio cum effectu inſtitui & opponi poteſt, v. g. ut quis ex emto, locato, commodato, &c. obligetur. *Poſteriori* caſu ſubdiſtinguendum eſt. Aut ſcilicet *jus naturæ deſerit ius civile Romanum*, aut *deſeritur ab illo*; *priori* caſu vocatur obligatio *civilis*, iſt eſt, ex mero jure civili proveniens, v. g. ex negotio coacto, aut ex promiſſione dolo alterius emanata in contractibus ſtricti juris, &c. *& hæc nec actionem efficacem producit*, (prætor enim reo ex tali negotio convento exceptionem ſuppeditat, qua probata actio inſtituta corruit, *v. ſupra tit. de Except. diſt. I.*) nec *exceptionem*, quia & ad reſtitutionem rei ex tali obligatione acceptæ accipiens obſtringitur; *poſte-*

poſteriori dicitur obligatio *naturalis*, quæ hunc effectum habet, *ut exceptionem producat*, v. g. obligatio ex nudo pacto, &c. vid. Lauterbach. *h. t.* Poſtquam tamen hodie ex nudo pacto actio conceditur, inter obligationem naturalem & mixtam non amplius erit differentia.

DISTINCTIO II.

Inter obligationem naturalem *plenam & minus plenam.*

P*Lena*, ut modo dictum, etiam de jure Romano exceptionem, & iuxta mores noſtros actionem producit; ſed *minus plena*, nec actionem, nec exceptionem: comprehendit enim ſub ſe officia humanitatis & amoris, v. g. ad benefaciendum pauperibus, ad remunerationem, &c. ſed hæc officia omnem omnino coactionem reſpuunt, quia amor liberrimus eſſe debet. Et hinc eſt, quod recte aſſerunt DD. donatarium, qui doni oblitus ſe mutuum accepiſſe, vel ex alia neceſſaria cauſa obligatum eſſe credebat, & tantundem reddebat donanti, quantum ab eo antea acceperat donationis titulo, non obſtante obligatione ad antidora ſolutum repetere poſſe, v. ex multis unus Bachovius *de action. Diſp. 4. th. 16. verſ. & hinc decidenda.*

Effertur hæc diſtinctio alias etiam per vocem *perfectæ* & *imperfectæ* obligationis, quibus reſpondet *jus perfectum* & *imperfectum*. Im-

pugnant quidem nonnulli eandem, & obligatitionem imperfectam pariter & ius imperfectum nomen obligationis & juris plane non mereri adſtruunt; ſed hi ſolum ad *obligationem extrinſecam & jus extrinſecum* reſpiciunt, quin vero in foro intrinſeco talis obligatio ſuos effectus habeat, de eo forſan nemo jure dubitare poterit.

DISTINCTIO III.

Inter obligationem *civilem & prætoriam.*

HÆc nullius eſt uſus, niſi quod obligatio ad ſolvendam pœnam privatam, ſi ex iure prætorio deſcendit, intra annum præſcribatur, v. quæ diximus ad *tit. de orig. juris diſt. I.* & quod de *jure civili* ſtricto *ille ſolus obligetur, qui contraxit, aut deliquit,* obligatio prætoria autem & *ex alieno contractu, vel delicto oriatur,* ſi is contraxit, vel deliquit, qui vel meam perſonam repræſentat, ut inſtitor, magiſter navis, &c. vel ex quo ego commodum ſentio, v. g. ſervus meus, &c. unde actio noxalis &c. *v. §. 1. & 2. J. quod cum eo, qui in alien. pot. eſt. l. 1. ff. de inſtit. act.* §. *4. J. de noxal. action.* ubi tamen dicitur, quod actio noxalis propter furtum & damnum, ex lege Aquilia datum, iam ex LL. XII. Tabb. oriatur. Quicquid ſit de origine obligationum, ratione effectus inter utram-

Digitized by Google

utramque, civilem ſcilicet atque prætoriam, parum vel nihil potius intereſſe videtur.

DISTINCTIO IV.

Inter obligationes *immediatas & mediatas.*

HÆ in eo ſolum differunt, quod in *immediatis* non opus ſit, ut is, qui in illis ſe fundat, præcedens factum (conventionem vel delictum) probet, quia ius ipſius immediate ex legis diſpoſitione abſque ullo intercedente facto civili derivatur, *v. l. 1. pr. ff. h. t.* ubi ita Cajus: *Obligationes*, ait, *aut ex contractu naſcuntur, aut ex maleficio, aut proprio quodam iure ex variis cauſarum figuris.* Huc pertinet obligatio reciproca parentum & liberorum de alimentis ſibi invicem præſtandis, *v. tit. ff. de agnoſc. & alend. lib.* item obligatio patris ad dotem filiæ præſtandam, de quibus & multis aliis caſibus ex fundamento egit B. Stryk. *in tr. de inveſt. action. ſect. 1. membr. 2.* In obligationibus *mediatis* e contrario nunquam cum effectu adverſus alterum agere conceditur, niſi actor fundamentum intentionis ſuæ, præcedentem ſcilicet contractum, vel commiſſum a reo delictum, liquido probare poſſit.

DISTINCTIO V.

Inter actiones *civiles & prætorias.*

HIc eadem repetenda, quæ paulo ante ad

diſt. III. de obligatione civili & prætoria diximus. Qualis enim eſt natura obligationis, talis quoque actionis exinde profluentis natura eſt.

DISTINCTIO VI.

Inter actiones *directas*, *utiles*, & *in factum*.

D*irectas* vocant, quæ ex *verbis* legum: *utiles*, quæ ex *ratione* legis per interpretationem: *in factum*, quæ deficientibus verbis & ſententia, ſive ratione legis, *ex æquitate*, in ſubſidium dantur. Optime hæc diſtinctio illuſtratur ex §. *fin. J. ad L. Aquil.* ubi actio legis Aquiliæ *directa* vocatur, quando quis *corpore & in corpus*: *utilis*, quando *in corpus* quidem, ſed *non corpore*: & denique *in factum*, quando *nec corpore*, *nec in corpus*, ſed *alio modo* damnum datum eſt, qui caſus ſinguli claris exemplis in *d.* §. *fin.* illuſtrantur, ubi videri poſſunt.

Quod ſi tamen de uſu quæris, ego quoad actiones directas & utiles verbis Pauli in *l. 47. ff. de neg. geſt.* utor, cuius ſententia hæc eſt: *Actio negotiorum geſtorum illi datur, cuius intereſt, hoc iudicio experiri. Nec refert, directa quis an utili actione agat, vel conveniatur, quia in extraordinariis judiciis, ubi conceptio formularum non obſervatur, hæc ſubtilitas ſupervacua eſt: maxime cum utraque actio ejusdem poteſtatis eſt, eundemque habet effe-*

effectum. Deinde, quod actionem in factum in ſpecie attinet, jam ante nos oſtendit illuſtr. Dn. Thomaſius *in Diſſ. Lipſ. de Philoſoph. juris §. 148. & 149.* eam in pandectis actioni utili non contradiſtingui, & Tribonianum ex mero errore duas ſeparatas actiones in *d. §. fin.* ſtatuiſſe. Et quamvis etiam in Pandectis actio utilis & actio in factum expreſſe ſibi contradiſtinguerentur, iterum tamen ea applicanda eſſent, quæ modo ex *l. 47. ff. de neg. geſt.* adduximus. Ex quo inferimus, diſtinctionem præſentem nullius eſſe utilitatis.

DISTINCTIO VII.

Inter actiones *perſonales*, *reales* & *mixtas*.

QUoad actiones *perſonales* & *reales* ea repetenda, quæ ſupra ad *tit. de rer. diviſ. diſt. I.* diximus. De *mixtis* hic notandum, quod partim ex jure in re, partim ex jure ad rem proveniant, ex quibus præcipuæ ſunt actio familiæ herciſcundæ, finium regundorum & communi dividundo, §. 10. *J. de action.* ex quibus actio finium regundorum, quatenus rem perſequitur, contra quemcunque quidem poſſeſſorem datur, non autem actio familiæ herciſcundæ, & communi dividundo, quia hæ duæ actiones certam qualitatem alterius, qui convenitur, ſupponunt, quod ſcilicet vel coheres, vel collegatarius exiſtat, quæ qualitas in tertio poſſeſſore non deprehenditur. Deinde

 acti-

actiones mixtæ in eo etiam a plerisque realibus recedunt, quod triginta demum annis præſcribantur, *v. l. f. C. fin. regund. l. 1. §. 1. C. de annal. except.*

DISTINCTIO IIX.

Inter actiones *nativas & dativas.*

NAtivæ ſunt, quæ ex præcedente contractu, vel delicto naſcuntur; *dativæ*, quæ tale factum non ſupponunt. Ergo priores ex obligatione mediata, poſteriores ex immediata deducuntur, *v. diſt. IV h. t.* In effectu autem nihil intereſt. Imo Hilliger *ad Donell. l. 19. c. 2. lit. A.* hanc diſtinctionem ne theoretice quidem veram eſſe, ſed de actionibus ex contractu etiam vocabulum dativarum prædicari, adſtruere nititur, quem vide.

DISTINCTIO IX.

Inter actiones *directas & contrarias.*

HIc notandum, quod actio *directa* illa vocetur, quæ *ſtatim ab initio* celebrati contractus & *ſemper* adeſt, & in *definitione contractus exprimitur*. Sic quando *deponens* adverſus depoſitarium agit, actionem directam habet, quia depoſitarius a momento initi contractus ad reſtitutionem rei depoſitæ in ſpecie obligatur, & nullus contractus depoſiti concipi poteſt, in quo hæc obligatio non adſit, & denique

nique hoc ipſum in dicti contractus definitione exprimitur. Idem intuitu *commodantis, mandantis*, &c. ſic & actio *emti & venditi, locati & conducti, pro ſocio*, &c. utrinque eſt directa, quia adducta requiſita in utroque contrahentium deprehenduntur.

Contrariam autem dicunt, quæ *ex poſtfacto* ſaltem oritur, & *non ſemper adeſt, nec etiam in definitione contractus exprimitur*, quia in definitionibus illud ſaltem exprimendum, quod regulariter fieri ſolet, non autem, quod ex accidenti. Sic quando *depoſitarius* adverſus deponentem agit, ad impenſas, quas propter rem depoſitam fecit, iterum conſequendas, actio contraria ipſi competit, quia deponens ex poſtfacto, id eſt, ex eo demum tempore obligatur, quo depoſitarius eas impenſas fecit, non etiam hoc ex natura depoſiti profluit, ut quilibet depoſitarius neceſſario in rem depoſitam aliquid impendat, ſed hoc ſaltem interdum contigit, & hinc in definitione contractus depoſiti de hac obligatione ſecundaria & minus principali nihil habetur. * Idem intuitu *commodatarii, mandatarii*, &c. iuris eſt.

Ratione *præſcriptionis & transmisſionis ad heredes* inter actiones directas & contrarias nulla differentia deprehenditur, ſed omnes eodem tempore durant, & eodem modo heredibus & contra heredes dantur.

Adeſt tamen nihilominus uſus aliquis. Scilicet, quando in notis illis contractibus, *tute-*

læ, mandati & *depoſiti* actio *directa* contra tutorem, mandatarium & depoſitarium propter dolum commiſſum inſtituitur, tunc *reus conventus infamia* afficitur, *v. l. 4. ff. de ſuſpect. tut. l. 1. ff. de his qui not. infam*, quod ſecus eſt, ſi tutor pupillum, mandatarius mandantem, aut depoſitarius deponentem actione contraria convenit, *d. l. 1.* Excipiunt quidem communiter contractum mandati, quod ſcilicet actio contraria, ex eodem inſtituta, etiam infamiam importet, ſi mandans indemnitatem mandatario præſtare doloſe deneget; verum *l. 6. §. 2. ff. de his, qui not. infam.* ad quam provocant, de caſu ſpeciali ſaltem loquitur, *ſi ſcilicet fideiuſſi pro te & ſolvi, & tu illud, quod ſolutum eſt, reſtituere detrectas*; & ſic extra hunc caſum, in quo de ſingulari perfidia agitur, regula manet, quæ in §. 7. *d. l. 6.* continetur; *contrario judicio damnatus non erit infamis*, *nec immerito. Nam in contrariis non de perfidia agitur, ſed de calculo, qui fere judicio ſolet dirimi.*

Ex eodem fundamento profluit, quod in actione *directa* quidem *in litem jurari poſſit*, ſuppoſitis terminis habilibus, ſi ſcilicet talis res petitur, quæ affectionem recipit; nunquam vero in actione *contraria*. *Ei*, inquit Ulpianus in *l. 5. ff. depoſ. apud quem depoſitum eſſe dicetur, contrarium judicium depoſiti datur, in quo iudicio merito in litem non iuratur. Non enim de fide rupta agitur, ſed de indemnitate eius, qui depoſitum ſuſcepit.*

DI-

Digitized by Google

DISTINCTIO X.

Inter actiones *ſimplices & duplices.*

CONf. ſupra *Diſt. III.* ſub titulo *de judiciis.*

DISTINCTIO XI.

Inter actiones *univerſales, generales & ſingulares.*

DE hac diſtinctione itidem jam dictum fuit ſub titulo *de judiciis Diſt. VI.*

DISTINCTIO XII.

Inter actiones *petitorias & poſſeſſorias.*

VIde *Diſt. V.* ſub tit. de *judiciis*, & adde *tit. de interdictis Diſt. I. & III.*

DISTINCTIO XIII.

Inter actiones *rei perſecutorias & pœnales.*

PRiores ad *ſimplum* ſaltem dantur, id eſt, ad nudam damni, ab altero nobis illati, reparationem: ſed *poſteriores* ulterius *duplum, triplum & quadruplum* nobis adjudicant.

Priores ultra annum dantur, & ſi ex contractu, vel delicto proveniunt, perpetuæ ſunt; *Poſteriores* autem plerumque anno excludun-

tur, *l.35.pr.ff. de O. & A.* Exceptio habetur in actione *furti manifeſti* ad quadruplum, *pr. J. de perpet. & temp. act.* in actione *de ſervo corrupto* ad duplum, *l.13.pr.ff. de ſerv. corrupt.* & in actione *adverſus nautas, caupones & ſtabularios* ad duplum, *l.7.§. ult. ff. naut. caup. ſtabul.*

In eo tamen conveniunt, quod nec *rei perſecutoriæ*, (ſi ſunt ex delicto,) nec *pœnales*, adverſus heredes delinquentis dentur, niſi lis cum defuncto conteſtata fuerit, *v. l.261.ff. de O. & A. Sed quid ſi ad heredes aliquid pervenerit?* Tunc quidem contra eos actio rei perſecutoria inſtitui poterit, non autem pœnalis, *d.l.35.pr.ff. de O. & A.*

Loquimur autem hic ſemper *de pœna ex lege proveniente*. Ea enim, quæ *ex conventione* eſt, ad inſtar intereſſe noſtri ſeſe habet, & ſic actio ad eam exigendam non ſolum perpetua eſt, ſed & adverſus heredes cum effectu inſtitui poteſt, *v. §.f. J. de V. O.*

DISTINCTIO XIV.

Inter actiones *bonæ fidei & ſtricti iuris*.

Diſtinctio hæc ex diſtincto officio *prætoris* & *judicis pedanei* apud Romanos unice profluit. Notum quippe eſt, judicem pedaneum non gaviſum eſſe autoritate publica cognoſcendi de cauſis controverſis in foro obvenientibus, ſed fuiſſe eundem privatum aliquem

quem JCtum, cui prætor, poſtquam partes eum elegerant, certam agendi & excipiendi formulam præſcribebat.

Primo autem ſciendum eſt, *quænam actiones bonæ fidei fuerint*? Varia exempla in §. 28. *J. de act.* referuntur, v. g. ex emto, vendito, locato, conducto, negotiorum geſtorum, mandati, &c. ex quibus omnibus apparet, imperatorem, vel ſi mavis Tribonianum, tales actiones retuliſſe, *quæ ex contractibus bilateralibus proficiſcuntur*, excepto eo, quod & *hereditatis petitionem* & actionem *de dote repetenda* huic claſſi adjunxerit contra rationem & analogiam iuris.

Ergo ex natura oppoſitorum ſequitur, omnes actiones *ſtricti iuris* dici debere, *quæ ex contractibus unilateralibus profluunt*, v. g. ex mutuo, ſtipulatu, hereditatis aditione, condictione indebiti, ob turpem cauſam, &c. quia talium in *d.* §. *28. J. de act.* non fit mentio.

Scio quidem, multos DD. ſtrictiſſime verbis *d.* §. *28.* inhærere, & adeo nullas actiones b. f. ſtatuere, niſi quæ in eo recenſentur; ſed puto hos, ut alia taceam, contra *l. 17. ff. de LL.* impingere, ubi Celſus dicit, ſcire leges non hoc eſſe, verba earum tenere, ſed vim & poteſtatem.

Quænam vero *differentia inter b. f. & ſtricti juris* actiones fuerit, ita generaliter effertur in §. *30. J. de act. quod ſcil. in b. f. iudiciis libera poteſtas permittatur judici ex bono & æquo æſtimandi, quantū actori reſtitui debeat*, unde ex

oppo-

Digitized by Google

oppoſito ſequitur, *quod in ſtricti iuris iudiciis eiusmodi liberam poteſtatem non habuerit judex*, ſed in his ad verba præcedentis conventionis arctisſime adſtrictus fuerit.

Deſcendamus ad nonnulla ſpecialia. *In* contractibus *bonæ fidei dolus, dans cauſam contractui, eundem ipſo iure nullum reddit, l. 7. pr. ff. de dol. mal.* & ſic judex in actione, ex illo contractu inſtituta, contractum nullum pronunciare poterat, (dolo ſcilicet probato) quamvis nec in verbis conventionis, nec in formula, a prætore præſcripta, quicquam de ea re haberetur; *ſecus, ſi dolus contractui ſtricti juris cauſam dederat*, & exinde agebatur, de quo fuſe diximus ſupra ad tit. *de dolo malo diſt. I.*

In actionibus bonæ fidei juramento in litem affectionis locus datur, ut putant vulgo, *non autem in iudiciis ſtricti iuris*; ſed hoc ex iure Romano vix probari poſſe, oſtendimus ſupra ad *tit. de in lit. jur. diſt. I.*

In actionibus b. f. iudex propter moram præcedentem uſuras adiudicat, quamvis in verbis conventionis nullæ expreſſe fuerint, *l. 32. §. 2. ff. de uſur.* ibique Gothofr. *non autem in judiciis ſtricti iuris*, quippe in quibus uſuræ non debentur, niſi per ſtipulationem promiſſæ, *v. l. 3. C. eod.* Hæc differentia ſublata eſt per *Receſſ. Imp. de A. 1600. §.* So viel nun.

Plurima huc pertinentia invenies apud Bachovium *de action. diſp. 6. theſ. 13. usque ad theſ. 25.* quæ omnia huc transferre partim nimis

mis prolixum eſſet, partim etiam otioſum, cum æque commode eadem in Bachovio legi poſſint. Illud unicum ſaltem notamus, ex *theſ. 21.* (quod eleganter etiam exſecutus eſt Julius Pacius *in anal. J. ad* §. *28. J. de action.*) ſcilicet, *judicem pedaneum in iudiciis b. f. quamcunque exceptionem admittere potuiſſe, quamvis eiusdem in formula a prætore præſcripta nulla facta fuerit mentio*, exceptiones enim hiſce iudiciis ipſo iure inerant; at vero *in ſtricti iuris judiciis judicem nullam exceptionem admittere debuiſſe, niſi cujus prætor in formula, eidem iudici pedaneo data, mentionem iniecisset*, &c.

Sed quid de uſu huius diſtinctionis dicendum? Quod *uſuras, propter moram ſolvendas*, attinet, DD. libenter concedunt, quia debent ob allegatum receſſum imperii, eandem uſum amplius non præſtare. Sed in reliquis capitulis non exiguam utilitatem adhuc hodie exinde profluere non pauci propugnant. Tædet eos allegare, qui mero autoritatis præiudicio faſcinati alios exſcribendo diſtinctionis uſum hodiernum adſtruunt, nec tamen in quonam ille, ceſſante iudicis pedanei reſtricto officio, ſeſe exſerat, oſtendere valent; prodeat ergo, cujus modo mentionem feci, Pacius, JCtus laudibus noſtris major, qui *cit. loc.* ſequentem in modum hac de re diſſerit: *Sed hodie*, inquit, *cum nec formulæ ſint in uſu, nec iudices a Magiſtratibus dentur, ſed coram iudicibus ordinariis litigetur, differentia horum iudici-*

ciorum aliter ſpectatur. Sed quomodo? *ita*, pergit, *obſervatur, ut ſi iudicium ſit bonæ fidei, exceptio ipſo iure inſit in hoc iudicio, id eſt, iudex exceptionis rationem habeat*, quamvis reus hoc non petat, dummodo ex actis de exceptione conſtet: *quia vulgata regula eſt, judicandum eſſe ſecundum allegata & probata; ſi vero ſit iudicium ſtricti iuris, exceptio reo nihil prodeſt, quamvis de ea ex actis conſtet*, niſi reus nominatim exceptionem opponat actori, & per eam ſe abſolvi petat. Refutaſſem fere Pacium, quod nempe hæc non cohæreant cum præcedentibus, ubi dixerat, hodie non amplius eſſe ejusmodi judices, a magiſtratibus datos, ut olim, & per conſequens etiam, non eſſe ita reſtrictam eorum poteſtatem, ut olim, ſed acquieſcere poſſum, quia mox addit: *Plane quia hodie actionum nominibus non utimur, harum actionum differentiæ minus conſpicuæ ſunt & obſoletæ, ita ut omnes vi & effectu videantur eſſe bonæ fidei.* Recte & ſic diſtinctio nullius eſt uſus, quia mutato ſtatu ius mutatur, v. quæ diximus ad *tit. de dolo malo Diſt. I.* & *ad tit. de in litem jurando Diſt. I.* Quid ergo timeamus veterem illam cantilenam: quod mutatum non eſt, cur illud ſtare prohibetur? hæc diſtinctio enim non fuit recepta, quia judices pedaneos nunquam habuimus.

DI-

Digitized by Google

DISTINCTIO XV.

Inter actiones *arbitrarias & non arbitrarias.*

NOn *arbitrariæ* ſunt, quæ ſemper ex contractibus proveniunt, & de quibus hactenus diximus. *Arbitrariæ* autem vocantnr, quæ vel *reales* ſunt, ut rei vindicatio, actio hypothecaria, &c. vel *in rem ſcriptæ*, v. g. actio quod metus cauſa, noxalis, &c. vel *præparatoria*, v. g. actio ad exhibendum, &c. Vocabantur autem *arbitrariæ*, quia judicis pedanei poteſtas hic quoque, non minus ut in actionibus bonæ fidei, libera & illimitata erat, id eſt, ſententiam definitivam præcedebat interlocutio judicis, qua judex jubebat actori ſatisfieri, v. g. rem exhiberi, aut reſtitui; quod ſi ergo reus judici obtemperabat, atque actori ſatisfaciebat, per ſententiam definitivam abſolvebatur, ſin minus, condemnabatur, v. g. in actione quod metus cauſa in quadruplum, in rei vindicatione, in quantum actor in litem juraverit, &c. quæ fuſius perſequitur Pacius *in anal. J. ad* §. 31. *J. de act.*

Quod ſi deſideras, quomodo actiones *b. f.* & *arbitrariæ* ab invicem diſcedant, ita tenendum eſt; in actionibus *bonæ fidei* judex pedaneus liberam habebat poteſtatem ex bono & æquo decernendi, *quamvis hac de re in formula prætoris nulla omnino litera inveniretur*; at vero in

ro in actionibus *arbitrariis*, judex pedaneus arbitrium ſuum ita exercebat, *prout illud in formula a prætore data comprehenſum erat.* Unde in rei vindicatione formula ita fuit: *Si apparet rem eſſe Titii, neque ea res arbitrio tuo reſtituatur, judex condemna*, ſcilicet, quanti in litem juratum fuerit, in actione quod metus cauſa formula ita ſeſe habuit: *ſi apparet, rem metu eſſe extortam, nec ea arbitrio tuo reſtituatur, judex in quadruplum condemna*, v. Bachovium *de action. Diſp. 7. theſ. 2. p. m4. 9.* in qua integra diſputatione hæc materia prolixe pertractatur.

☞ Hæc prout a Pacio, Bachovio aliisque eruditis viris traduntur, & admodum probabilia ſunt, perſpicue oſtendunt, quod diſtinctio inter actiones arbitrarias & non arbitrarias exinde deſcenderit, quia Romani judices pedaneos habebant, & hiſce judicibus pedaneis prætores certas formulas pronunciandi præſcribebant. Jam vero, quia hodie non habemus judices pedaneos, nec prætores, nec formulas, judicibus pedaneis a prætoribus præſcriptas, hinc rogo te ipſum, ut mihi reſpondeas, an diſtinctio adlata adhuc hodie uſum in ſenſu iuris Romani habere poſſit? Mihi negativa placet. Judicibus noſtris in quibuscunque actionibus arbitrium competit, ut ex bono & æquo reum condemnare & contumaciam ipſius punire poſſint, & ergo hodie omnes actiones arbitrarias vocare poſſes, ſed non in ſenſu iuris Romani.

LIB.

LIB. XLV. TIT. I.
De verborum obligationibus.

DISTINCTIO I.
Inter ſtipulationes *prætorias, judiciales & communes.*

CUm hæc diſtinctio iterum ex diſtincto officio prætoris & judicis pedanei profluat, ea nomina autem nobis prorſus incognita ſint, hinc iterum adſtruere non dubito, diſtinctionem adlatam apud nos ne minimam quidem utilitatem habere.

DISTINCTIO II.
Inter ſtipulationem *dandi & faciendi.*

HÆc in eo uſum habet, quod quoties quis *ad dandum* obligatus eſt, ille rem promiſſam præciſe præſtare teneatur, nec præſtando intereſſe ſeſe liberare poſſit, *v. l. 75. §. fin. ff. de V. O.* quoties vero quis *factum* aliquod promiſit, toties ad illud præſtandum cogi præciſe non poteſt, ſed liberatur promittens, modo intereſſe præſtare, id eſt, damnum reſarcire velit, quod ex non adimpleto contractu alter patitur, *v. l. 13. §. fin. ff. de re judic.* Ratio differentiæ eſt, quia ſi quis rem promiſſam dare

recuſat, ea facile invito promittente per viam executionis auferri poteſt, quod in facto promiſſo non æque procedit.

LIB. XLVI. TIT. I.

De fideiuſſoribus & mandatoribus.

DISTINCTIO I.

Inter *fideiuſſorem & mandatorem.*

HI duo theoretice ſaltem differunt. *Mandator* vocatur, qui vel fideiuſſorem fideiubere, vel creditorem alii credere rogat, *& hic ſtatim ab initio intercedit, antequã creditor cum debitore collocutus fuerit.* At vero *fideiuſſor tunc demum intervenit, ubi debitor cum creditore jam collocutus eſt, & contractum principalem iniit,* v. Dion. Gothofred. *in not. ad rubr. h. t.* In effectu vero & fideiuſſor & mandator in ſubſidium demum conveniuntur: plures item mandatores non minus, ut plures fideiuſſores, beneficio diviſionis & cedendarum actionum fruuntur, in quo forſan neminem ex DD. diſſentientem habebo.

DI-

Digitized by Google

DISTINCTIO II.

Inter fidejuſſorem *neceſſarium* & *voluntarium*.

NEceſſarius hic non vocatur *intuitu perſonæ fidejuſſoris*, quod quis neceſſario fidejuſſor eſſe debeat, ſed *intuitu perſonæ debitoris*, quod hic interdum fidejuſſorem *ex diſpoſitione legis* conſtituere teneatur, v. g. uſufructuarius, *l. 13. pr. ff. de Uſufr. Voluntarius* e contrario *ex mera conventione libera* conſtituitur.

Uſus hic eſt. Fidejuſſor *neceſſarius* ex poſtfacto etiam conſtituendus eſt, licet ſtatim ab initio, ubi res uſufructuaria tradebatur, conſtitutus non fuerit, alias enim ipſa res uſufructuaria repeti poteſt, ſi fidejuſſor non conſtituatur, *v. l. 7. pr. ff. Uſufruct. quemadm. cav.* At fidejuſſor *voluntarius* exigi non poteſt amplius, ſi creditor ab initio ſibi hac parte non proſpexerit, hic enim obligatio debitoris ad fidejuſſorem conſtituendum ex legis diſpoſitione immediata non oritur.

DISTINCTIO III.

Inter fidejuſſorem *principalem* & *ſuccedaneum*.

ILle in gratiam *creditoris* intercedit, *hic* vero in gratiam *fidejuſſoris principalis* ſeſe obligat, ut ſcilicet plane ſecurus reddatur dictus fidejuſſor

iuſſor principalis de recuperatione illius, quod pro debitore forſan ſolvere neceſſe habuerit, vocatur Germanice ein Rückbürge/ *v. l. 8. §. f. ff. h. t.* Ex quo patet, fideiuſſorem *ſuccedaneum* a creditore nunquam conveniri poſſe, ſed ſolum a primo fideiuſſore, qui illud, quod pro debitore ſolvit, iterum repetit. Ceterum, ſi *plures* ſunt eiusmodi fideiuſſores ſuccedanei, eadem quoque ipſis beneficia competunt, quæ alias principalibus tribuuntur, *v. l. 27. §. 4. inf. ibi: adverſus confideiuſſorem magis eſt, ut dividatur. ff. h. t.*

DISTINCTIO IV.

Inter fideiuſſorem *ſimplicem & indemnitatis.*

PRior ſe ſtatim in eum caſum obligat, ſi *creditor ſuum a debitore principali conſequi non poſſit*; at vero *poſterior* in illum demum, *ſi creditor nec a debitore, nec a fideiuſſore primo ſuum conſecutus fuerit*, unde dici ſolet ein Schadloß Bürge/ Hering. *de fideiuſſ. c. 27. p. 1. n. 142.*

Uſus in eo deprehenditur, quod fideiuſſor *ſimplex beneficio excuſſionis renunciare poſſit*, non autem fideiuſſor *indemnitatis*, ſed quod renunciatio, ab hocce facta, plane otioſa ſit & inutilis, quia revera involveret contradictionem, Hering. *loc. cit. num. 143.* quod ad eum quoque caſum extendit Berlich. *P. 2. concl. 22. n. 25. ſeqq.* cum aliis, licet renunciatio iurato

facta

Digitized by Google

facta fuerit, hic tamen diſſentit illuſtr. Stryk. *de Caut. Contract. ſect. 2. cap. 6.* §. 24. & propter præſtitum iuramentum ex fideiuſſore indemnitatis fideiuſſorem ſimplicem fieri exiſtimat, cui ſententiæ & nos ſuſcribimus.

LIB. XLVI. TIT. II.

De novationibus & delegationibus.

DISTINCTIO I.

Inter novationem *neceſſariam & voluntariam.*

NEceſſaria, quæ fit per litis conteſtationem, non tollit priorem actionem & obligationem, ſed hæc ſalva manet una cum acceſſoriis ſuis, fideiuſſoribus ſcilicet atque pignoribus nec non privilegiis *l. 29. h. t.* unde vocatur, *novatio accumulativa.* Superaddit tamen priori aliquid, ut v. g. actio ex delicto iam ad heredes tranſeat, & ex obligatione temporali perpetua fiat, *v. d. l. 29. ibique Brunnem. in not. voluntaria* e contrario priorem obligationem & omnia eius acceſſoria atque privilegia in totum perimit, *d. l. 29. h. t.*

DISTINCTIO II.

Inter *novationem & delegationem.*

IN *novatione* ſpecialiter ſic dicta (nam in ſenſu generaliiori etiam delegationem quandoque ſub ſe comprehendit) nec creditor, nec debitor mutatur, ſed *genus obligationis* ſolummodo, v. g. debuiſti mihi hactenus centum ex emto, jam eadem ex mutuo mihi promittis, &c. vel debuiſti mihi pure, jam in diem vel ſub conditione promittis, &c. §. *3. J. quib. mod. toll. oblig.* Sed in *delegatione* idem genus obligationis manet, aſt *perſona debitoris* mutatur, v. g. quod Cajus mihi hactenus debuit, jam a Titio ſtipulor, *l. 11. pr. ff. h. t.*

Uſum nonnulli in eo quærunt, quod in *novatione* quidem animus novandi non præſumatur, bene tamen in *delegatione*, & quod adeo prior debitor indiſtincte ab obligatione liberetur, v. Lauterbach. *Comp. iur. h. t.* & late Mevius *p. 7. deciſ. 11. 12. & 13.* Sed nobis contraria ſententia verior videtur, quam communiter ex *l. f. C. h. t.* probant, cum præcipue eadem ratio, quæ facit, quod novatio non præſumatur, in delegatione etiam locum habeat. Scilicet tam in novatione, quam delegatione, creditor prius jus ſuum remittit, & in ſpecie in delegatione priorem debitorem ex nexu obligationis dimittit; at vero neutrum præſumitur, quoniam non leve præiu-

dicium

Digitized by Google

dicium exinde interdum oriri poteſt, v illuſtr. Stryk. *in not. ad Lauterbach. h. t. verb. putant.*

DISTINCTIO III.
Inter *delegationem & ceſſionem.*

THeoretice ita differunt, quod in *delegatione debitor*, in *ceſſione* autem *creditor* mutetur. In effectu autem, quod *ceſſio inſcio & invito etiã debitore fieri poſſit, l. 1. C. de novat.* quia, huius nihil intereſt, cui ſolvat, cum omnes exceptiones, quas opponere poterat cedenti, adhuc etiam ceſſionario opponere valeat; in *delegatione* autem *debitor conſentire* debet, de ipſius enim maximo præiudicio agitur, quia poſt delegationem exceptionibus aliquibus contra creditorem, cui delegatus eſt, amplius uti non poteſt, *d. l. 1. C. h. t. l. 12. ff. h. t.*

LIB. XLVII. TIT. I.
De privatis delictis.

DISTINCTIO I.
Inter delicta *eccleſiaſtica, ſecularia & mixta.*

DElicta hæc propterea accurate ſecernenda ſunt, ut de foro competenti conſtet, & ne forſan iudex eccleſiaſti-

cus iuriſdictionem ſecularem, vel e contrario judex ſecularis eccleſiaſticam invadat. De delictis namque *eccleſiaſticis*, v. g. de hæreſi, apoſtaſia, ſimonia, &c. apud pontificios epiſcopi, apud evangelicos autem conſiſtoria cognoſcunt; de *ſecularibus* autem magiſtratus quilibet competens, v. g. de homicidio, furto, rapina, &c. quamvis non negandum ſit, clerum pontificium ex ſtudio extendendi juriſdictionem ſuam multa crimina ad eccleſiaſtica retuliſſe, quæ tamen mere ſecularia ſunt, quo omnes cauſas matrimoniales refero, conf. illuſtr. Thomaſ. Fürſten-Recht *theſ.* 13. §. 7. Catalogum delictorum eccleſiaſticorum exhibet Brunneman. *in iure eccleſ. l. 3. cap.* 1. §. 22. hoc quoque nemo ſanus diffitebitur, eundem clerum multa facta ad claſſem criminum externorum retuliſſe, iisdemque graviſſimam pœnam impoſuiſſe, quæ tamen in foro externo coerceri non debebant, quo pertinet hæreſis & apoſtaſia.

De delictis *mixtis*, v. g. uſuraria pravitate, magia, ſacrilegio, &c. uterque iudex, eccleſiaſticus & ſecularis, cognoſcit, & ſic locus eſt præventioni, v. Brunneman, *loc. ante cit.*

DISTINCTIO II.

Inter delicta *nominata & innominata.*

N*ominata* ex ſpeciali nomine ſuo cognoſcuntur, v. g. homicidium, adulterium, furtum, &c.

&c. *innominata* autem tali nomine deſtituuntur, v. g. ſi quis æs pro auro oppignorat, & reliqua omnia, quæ in digeſtis ſub titulo *de ſtellionatu* recenſentur. Interim, hæc diſtinctio mere theoretica eſſe videtur.

DISTINCTIO III.

Inter *vera* & *quaſi* delicta.

PRiora ex dolo, *poſteriora* autem ex culpa & negligentia proveniunt, unde in *prioribus* quidem pœna ordinaria locum habet, non autem in *poſterioribus*, nam v. g. homicidium doloſum pœna gladii, culpoſum autem pro gradu culpæ, fuſtigatione, aut ſola relegatione coercetur.

Non video autem his, ſuppoſitis, quid permoverit Lauterbachium, quod *in Comp. jur. h. t.* ſtatuerit, *damnum injuria datum ad vera delicta referri, licet ex culpa ſit*; ratio enim, quam ſubjungit, *quia hic principaliter tantum reſpicitur ad damnum reſarciendum*, parum quadrare videtur, quia ratio denominandi non a reſtitutione damni privati, ſed a gradu pœnæ deſumta eſt.

DISTINCTIO IV.

Inter delicta *publica* & *privata*.

NOnnulli hæc duo ita diſtinguunt, quod *publica* delicta *in rempublicam*, *privata* autem

tem *in privatum* committatur, a quibus ipſe Lauterbachius *h. t.* non adeo longe recedere videtur, v. Brunneman. *Repet. Paratitl. Weſenb. tit. de publ. judic. qu. 1.* ſed hi quidem non adeo accurate procedere videntur, cum & homicidium in privatum committatur, & tamen non ſolum in inſtitutionibus, ſed in digeſtis quoque in catalogo delictorum publicorum recenſeatur. Alii alias tradunt definitiones, quas omnes recenſere præſentis inſtituti non eſt, vid. Huber. *prælect. ff. tit. de iud. public.* §. 2. Hahn. *ad Weſenb. de privat. delict. num. 3. verb. privata ſunt.* Struv. *S. I. C. Ex. 49. th. 1. & 2.*

Mihi ita videtur. Ab initio reip. Romanæ judicia ideo *publica* dicebantur, quia ipſe populus publice iudicabat, conf. *l. 2.* §. *16. & 23. ff. de O. I.* ubi dicitur, *quod nec ipſi Conſules in caput civis Romani animadvertere iniuſſu populi potuerint*, unde Cicero damnatus eſt lege Clodia, quia iniuſſu populi coniuratos ſupplicio affecit, v. Pacius *ad* §. *1. ad J. de publ. iud. in fin.* Duarenus *l. 1. Diſp. 37.* Gothofr. *ad rub. ff. de publ. judic.* Bachov. *ad Treutl. vol. 2. Diſp. 31. th. 1. lit. A.* Brunneman. *ad l. 1. ff. de publ. judic.* Certus autem fuiſſe videtur horum judiciorum numerus, quæ recenſentur in *l. 1. ff. d. t.* & ubi JCtus diſerte affirmat, *non omnia judicia, in quibus crimen vertitur, publica eſſe, ſed ea tantum, quæ ex legibus publicorum judiciorum veniunt.* JCti accuratiores quoque jam dudum obſervarunt, Tribonianum,

potius

potius etymologiam, quam exactam definitionem tradidiſſe, quando in §. *1. J. de publ. judic.* publica judicia ideo ſic dicta fuiſſe aſſerit, *quod cuivis ex populo executio eorum plerumque detur*, nam in popularibus etiam actionibus quilibet ex populo agit, eæ tamen propterea non ſunt judicia publica, v. Huber. *loc. ant. cit.* §. *1.* Elegans adhuc eſt locus apud Gothofredum *ad pr. J. de publ. jud. Publica*, inquit, *judicia in foro palam, ſub dio, vel ab ipſis prætoribus (ſex lictoribus ejus tribunal circumſtantibus) ſive quæſitoribus pro tribunali in ſella curuli ſedentibus (quibus aderant judices in ſubſelliis ſedentes 50. vel 60.) exercebatur*, qui autor *ad l. 8. ff. de accuſ.* ordinem publicorum judiciorum veterem fuſe etiam deſcribit.

Hæc quidem apud veteres Romanos ita obtinuerunt, ſed quæritur nunc ulterius, quænam moribus noſtris publica judicia dicantur? ubi DD. in eo fere omnes conſentire video, quod hodie delictum publicum & privatum ex intentione agentis dijudicandum, quod ſi enim hic *ſatisfactionem publicam* urget, delictum eſt *publicum*, ſin vero *privatam ſatisfactionem, privatum* etiam vocari conſuevit, v. Struv. *S. J. C. Ex 48. th. 13.* illluſtr. Thomaſ. *Diſſ. Lipſ. de Abigeatu.* §. *7.* add. Brunnemann. *Exerc. 31. ad J. ad pr. tit. de publ. judic.*

Uſus in eo conſtituti poſſet hodie, quod in *delictis privatis* heredes etiam *poſt litem conteſtatam* obligentur ad pœnam privatam perſolvendam, (idem eſt, ſi ob moram rei litis con-

teſtatio

teſtatio fieri non potuit, Farinac. *quæſt. crim. 10. n. 51.*) quod ſecus ſe habet in delictis *publicis*, Farinac. *loc. cit. num 53. ſeq.* Brunneman. *ad l. 1. ff. de privat. delict.*

Sic quoque in delictis *privatis* actio adverſus heredes conceditur, *ſi aliquid ad eos ex delicto pervenerit*, non autem in *publicis*, Brunneman. *loc. cit.*

Poſſet hoc quoque addi, quod delicta *privata* anno, ſi ad pœnam privatam agitur; triginta vero annis, ſi ad rem perſequendam; *publica* autem communiter viginti annis præſcribantur, *l. 12. C. ad L. Corn. de falſ.*

Item, in delictis *publicis* per modum denunciationis proceditur, & ea facta judex ex officio inquirit; non autem in *privatis*, ubi officium ſolummodo mercenarium eſt.

In delictis *privatis* certi quid petere debet agens, non autem in publicis, *v. tit. de edendo diſt. II.*

Alia repeti poſſunt ex *tit. de judiciis diſt. I.* quibus adde, quod in delictis *publicis* abſens edictaliter citetur, non vero in *privatis*, v. *Doctrin. ff. tit. de iudic. §. XX. XXI. XXII.*

LIB.

Digitized by Google

LIB. XLVII. TIT. II.

De furtis.

DISTINCTIO I.

Inter furtum *conceptum, oblatum, prohibitum* & *non exhibitum.*

CUm Imp. Juſtinianus jam ſuo tempore in §. 4. *J. de oblig. quæ ex delict. naſc.* aſſeruerit, *actiones concepti & oblati & furti prohibiti nec non furti non exhibiti in deſuetudinem abiiſſe*, hinc adlata diſtinctio hodie etiam ſine dubio inter inutiles referenda erit. Ceterum deſcriptionem ſingularum ſpecierum in §. *3. & 4. ff. d. t.* deprehendes.

DISTINCTIO II.

Inter furtum *manifeſtum* & *non manifeſtum.*

USus de iure Romano *ratione pœnæ privatæ* ſeſe exſerebat. Scilicet propter furtum *manifeſtum* pœna quadrupli, propter *non manifeſtum* dupli ſaltem conſtituta erat, §. *5. J. de oblig. quæ ex delict. naſc.*

Sed quid hodie? Qui uſum adlatæ diſtinctionis hodiernum adhuc defendunt, ad *Art. 157. & 158. Conſt. Crim.* provocare ſolent, ubi pœna dupli & quadrupli non obſcure repetita eſſe

Digitized by Google

eſſe videtur. Verum enim vero qui ad uſum judiciorum reſpicit, is neque alias actiones Romanorum pœnales, neque has in ſpecie ibi deprehendit, cum apud nos, ſive fur dives, ſive pauper ſit, actio ſaltem ad ipſam rem ablatam recuperandam & deinde ad pœnam publicam infligendam inſtitui ſoleat, unde huc pertinet practicorum illud, es iſt dieſes niemahls zur obſervanz gekommen/ & quilibet videt, compilatorem conſtitutionis criminalis ex ignorantia morum Germaniæ dictum locum illi conſtitutioni inſeruiſſe. Non obſtaret etiam, quamvis unum, aut duo exempla adduci poſſent, quod adhuc juxta jus Romanum pronunciatum fuerit; Reſp. enim, unicam hirundinem non facere ver, & ex uno aut duobus præjudiciis nondum profluere uſum practicum, conf. Carpzov. *Pr. Crim. qu. 78. n. 8.*

DISTINCTIO III.

Inter furtum *domeſticum* & *extraneum.*

USus in eo conſiſtit, quod futrum *domeſticum* pœna laquei nunquam coerceatur, bene tamen *extraneum.* Dicitur autem furtum *domeſticum,* quod a conjugibus, parentibus & liberis aliisque conſanguineis intra quartum gradum, nec non a proximis affinibus, ſocero, vitrico, genero, privigno ſororis marito. &c. commiſſum. De iure civili etiam ad domeſti-

meſticum referebatur, quod ab inquilinis, ſervis, famulis, ancillis, pediſſequis, aliisque mercenariis, qui mercede diurna operas ſuas locant, perpetratum, ſed tales perſonæ hodie plane non excuſantur, de qua materia fuſe agit Carpzov. *Pr. Crim. qu. 82. num. 39. usque ad num. 4c.*

DISTINCTIO IV.

Inter furtum *nocturnum & diurnum.*

FUr *nocturnus* ab eo, cui res ſuas auferre intendit, impune occidi poteſt, modo (1.) hoc faciat *pro defenſione ſuæ perſonæ, vel rerum ſuarum*, unde fur, ſi absque rebus recedat, occidi nequit: (2.) *cum clamore*: (3.) *ut ignotus fuerit fur*, nec adfuerint teſtes. qui illum cognoſcere & contra eum de furto deponere potuerint, & (4) *quod capere non potuerit furem*, quæ quatuor ab interpretibus copulative requiruntur, alias ſi unum ex illis deficit, pœna extraordinaria locum habet, quam materiam iterum latius pertractat & Reſponſis Scabinorum Lipſienſium illuſtrat Carpzov. *qu. 32. n. 37. ad fin.* Adde locum *Exod. 22. verſ. 2. & 3.* Wann ein Dieb ergriffen wird / daß er einbricht / und wird drob geſchlagen / daß er ſtirbt / ſo ſoll man kein Blut-Gericht über jenen laſſen gehen / iſt aber die Sonne über ihn aufgangen / ſo ſoll man das Blut-Gerichte gehen laſſen.

DIST.

DISTINCTIO II.

Inter *novationem & delegationem.*

IN *novatione* ſpecialiter ſic dicta (nam in ſenſu generaliiori etiam delegationem quandoque ſub ſe comprehendit) nec creditor, nec debitor mutatur, ſed *genus obligationis* ſolummodo, v. g. debuiſti mihi hactenus centum ex emto, jam eadem ex mutuo mihi promittis, &c. vel debuiſti mihi pure, jam in diem vel ſub conditione promittis, &c. §. 3. *J. quib. mod. toll. oblig.* Sed in *delegatione* idem genus obligationis manet, aſt *perſona debitoris* mutatur, v. g. quod Cajus mihi hactenus debuit, jam a Titio ſtipulor, *l. 11. pr. ff. h. t.*

Uſum nonnulli in eo quærunt, quod in *novatione* quidem animus novandi non præſumatur, bene tamen in *delegatione*, & quod adeo prior debitor indiſtincte ab obligatione liberetur, v. Lauterbach. *Comp. iur. h. t.* & late Mevius *p. 7. deciſ. 11. 12. & 13.* Sed nobis contraria ſententia verior videtur, quam communiter ex *l. f. C. h. t.* probant, cum præcipue eadem ratio, quæ facit, quod novatio non præſumatur, in delegatione etiam locum habeat. Scilicet tam in novatione, quam delegatione, creditor prius jus ſuum remittit, & in ſpecie in delegatione priorem debitorem ex nexu obligationis dimittit; at vero neutrum præſumitur, quoniam non leve præiudicium

dicium exinde interdum oriri poteſt, v illuſtr. Stryk. *in not. ad Lauterbach. h. t. verb. putant.*

DISTINCTIO III.

Inter *delegationem & ceſſionem.*

THeoretice ita differunt, quod in *delegatione debitor*, in *ceſſione* autem *creditor* mutetur. In effectu autem, quod *ceſſio inſcio & invito etiã debitore fieri poſſit, l. 1. C. de novat.* quia, huius nihil intereſt, cui ſolvat, cum omnes exceptiones, quas opponere poterat cedenti, adhuc etiam ceſſionario opponere valeat; in *delegatione* autem *debitor conſentire* debet, de ipſius enim maximo præiudicio agitur, quia poſt delegationem exceptionibus aliquibus contra creditorem, cui delegatus eſt, amplius uti non poteſt, *d. l. 1. C. h. t. l. 12. ff. h. t.*

Lib. XLVII. Tit. I.

De privatis delictis.

DISTINCTIO I.

Inter delicta *eccleſiaſtica, ſecularia & mixta.*

DElicta hæc propterea accurate ſecernenda ſunt, ut de foro competenti conſtet, & ne forſan iudex eccleſiaſti-

cus iurisdictionem ſecularem, vel e contrario judex ſecularis eccleſiaſticam invadat. De delictis namque *eccleſiaſticis*, v. g. de hæreſi, apoſtaſia, ſimonia, &c. apud pontificios epiſcopi, apud evangelicos autem conſiſtoria cognoſcunt; de *ſecularibus* autem magiſtratus quilibet competens, v. g. de homicidio, furto, rapina, &c. quamvis non negandum ſit, clerum pontificium ex ſtudio extendendi juriſdictionem ſuam multa crimina ad eccleſiaſtica retuliſſe, quæ tamen mere ſecularia ſunt, quo omnes cauſas matrimoniales refero, conf. illuſtr. Thomaſ. Fürſten-Recht *theſ.* 13. §. 7. Catalogum delictorum eccleſiaſticorum exhibet Brunneman. *in iure eccleſ. l. 3. cap.* 1. §. 22. hoc quoque nemo ſanus diffitebitur, eundem clerum multa facta ad claſſem criminum externorum retuliſſe, iisdemque graviſſimam pœnam impoſuiſſe, quæ tamen in foro externo coërceri non debebant, quo pertinet hæreſis & apoſtaſia.

De delictis *mixtis*, v. g. uſuraria pravitate, magia, ſacrilegio, &c. uterque iudex, eccleſiaſticus & ſecularis, cognoſcit, & ſic locus eſt præventioni, v. Brunneman, *loc. ante cit.*

DISTINCTIO II.

Inter delicta *nominata & innominata*.

N*ominata* ex ſpeciali nomine ſuo cognoſcuntur, v. g. homicidium, adulterium, furtum, &c.

&c. *innominata* autem tali nomine deſtituuntur, v. g. ſi quis æs pro auro oppignorat, & reliqua omnia, quæ in digeſtis ſub titulo *de ſtellionatu* recenſentur. Interim, hæc diſtinctio mere theoretica eſſe videtur.

DISTINCTIO III.

Inter *vera* & *quaſi* delicta.

PRiora ex dolo, *poſteriora* autem ex culpa & negligentia proveniunt, unde in *prioribus* quidem pœna ordinaria locum habet, non autem in *poſterioribus*, nam v.g. homicidium doloſum pœna gladii, culpoſum autem pro gradu culpæ, fuſtigatione, aut ſola relegatione coercetur.

Non video autem his, ſuppoſitis, quid permoverit Lauterbachium, quod *in Comp. jur. h. t.* ſtatuerit, *damnum injuria datum ad vera delicta referri, licet ex culpa ſit*; ratio enim, quam ſubjungit, *quia hic principaliter tantum reſpicitur ad damnum reſarciendum*, parum quadrare videtur, quia ratio denominandi non a reſtitutione damni privati, ſed a gradu pœnæ deſumta eſt.

DISTINCTIO IV.

Inter delicta *publica & privata.*

NOnnulli hæc duo ita diſtinguunt, quod *publica* delicta *in rempublicam*, *privata* au-

K 5 tem

tem *in privatum* committatur, a quibus ipſe Lauterbachius *h. t.* non adeo longe recedere videtur, v. Brunneman. *Repet. Paratitl. Weſenb. tit. de publ. judic. qu. 1.* ſed hi quidem non adeo accurate procedere videntur, cum & homicidium in privatum committatur, & tamen non ſolum in inſtitutionibus, ſed in digeſtis quoque in catalogo delictorum publicorum recenſeatur. Alii alias tradunt definitiones, quas omnes recenſere præſentis inſtituti non eſt, vid. Huber. *prælect. ff. tit. de iud. public.* §. 2. Hahn. *ad Weſenb. de privat. delict. num. 3. verb. privata ſunt.* Struv. *S. I. C. Ex. 49. th. 1. & 2.*

Mihi ita videtur. Ab initio reip. Romanæ judicia ideo *publica* dicebantur, quia ipſe populus publice iudicabat, conf. *l. 2.* §. *16. & 23. ff. de O. I.* ubi dicitur, *quod nec ipſi Conſules in caput civis Romani animadvertere iniuſſu populi potuerint*, unde Cicero damnatus eſt lege Clodia, quia iniuſſu populi coniuratos ſupplicio affecit, v. Pacius *ad* §. *1. ad J. de publ. iud. in fin.* Duarenus *l. 1. Diſp. 37.* Gothofr. *ad rub. ff. de publ. judic.* Bachov. *ad Treutl. vol. 2. Diſp. 31. th. 1. lit. A.* Brunneman. *ad l. 1. ff. de publ. judic.* Certus autem fuiſſe videtur horum judiciorum numerus, quæ recenſentur in *l. 1. ff. d. t.* & ubi JCtus diſerte affirmat, *non omnia judicia, in quibus crimen vertitur, publica eſſe, ſed ea tantum, quæ ex legibus publicorum judiciorum veniunt.* JCti accuratiores quoque jam dudum obſervarunt, Tribonianum,

potius

potius etymologiam, quam exactam definitionem tradidiſſe, quando in §. *1. J. de publ. judic.* publica judicia ideo ſic dicta fuiſſe aſſerit, *quod cuivis ex populo executio eorum plerumque detur*, nam in popularibus etiam actionibus quilibet ex populo agit, eæ tamen propterea non ſunt judicia publica, v. Huber. *loc. ant. cit.* §. *1.* Elegans adhuc eſt locus apud Gothofredum *ad pr. J. de publ. jud. Publica*, inquit, *judicia in foro palam, ſub dio, vel ab ipſis prætoribus (ſex lictoribus ejus tribunal circumſtantibus) ſive quæſitoribus pro tribunali in ſella curuli ſedentibus (quibus aderant judices in ſubſelliis ſedentes 50. vel 60.) exercebatur*, qui autor *ad l. 8. ff. de accuſ.* ordinem publicorum judiciorum veterem fuſe etiam deſcribit.

Hæc quidem apud veteres Romanos ita obtinuerunt, ſed quæritur nunc ulterius, quænam moribus noſtris publica judicia dicantur? ubi DD. in eo fere omnes conſentire video, quod hodie delictum publicum & privatum ex intentione agentis dijudicandum, quod ſi enim hic *ſatisfactionem publicam* urget, delictum eſt *publicum*, ſin vero *privatam ſatisfactionem*, *privatum* etiam vocari conſuevit, v. Struv. *S. J. C. Ex 48. th. 13.* illluſtr. Thomaſ. *Diſſ. Lipſ. de Abigeatu.* §. *7.* add. Brunnemann. *Exerc. 31. ad J. ad pr. tit. de publ. judic.*

Uſus in eo conſtituti poſſet hodie, quod in *delictis privatis* heredes etiam *poſt litem conteſtatam* obligentur ad pœnam privatam perſolvendam, (idem eſt, ſi ob moram rei litis con-

teſtatio

teſtatio fieri non potuit, Farinac. *quæſt. crim. 10. n. 51.*) quod ſecus ſe habet in delictis *publicis*, Farinac. *loc. cit. num 53. ſeq.* Brunneman. *ad l. 1. ff. de privat. delict.*

Sic quoque in delictis *privatis* actio adverſus heredes conceditur, *ſi aliquid ad eos ex delicto pervenerit*, non autem in *publicis*, Brunneman. *loc. cit.*

Poſſet hoc quoque addi, quod delicta *privata* anno, ſi ad pœnam privatam agitur; triginta vero annis, ſi ad rem perſequendam; *publica* autem communiter viginti annis præſcribantur, *l. 12. C. ad L. Corn. de falſ.*

Item, in delictis *publicis* per modum denunciationis proceditur, & ea facta judex ex officio inquirit; non autem in *privatis*, ubi officium ſolummodo mercenarium eſt.

In delictis *privatis* certi quid petere debet agens, non autem in publicis, *v. tit. de edendo diſt. II.*

Alia repeti poſſunt ex *tit. de judiciis diſt. I.* quibus adde, quod in delictis *publicis* abſens edictaliter citetur, non vero in *privatis*, v. *Doctrin. ff. tit. de iudic. §. XX. XXI. XXII.*

LIB.

Digitized by Google

LIB. XLVII. TIT. II.

De furtis.

DISTINCTIO I.

Inter furtum *conceptum*, *oblatum*, *prohibitum* & *non exhibitum*.

CUm Imp. Juſtinianus jam ſuo tempore in §. *4. J. de oblig. quæ ex delict. naſc.* aſſeruerit, *actiones concepti & oblati & furti prohibiti nec non furti non exhibiti in deſuetudinem abiiſſe*, hinc adlata diſtinctio hodie etiam ſine dubio inter inutiles referenda erit. Ceterum deſcriptionem ſingularum ſpecierum in §. *3. & 4. ff. d. t.* deprehendes.

DISTINCTIO II.

Inter furtum *manifeſtum* & *non manifeſtum*.

USus de iure Romano *ratione pœnæ privatæ* ſeſe exſerebat. Scilicet propter furtum *manifeſtum* pœna quadrupli, propter *non manifeſtum* dupli ſaltem conſtituta erat, §. *5. J. de oblig. quæ ex delict. naſc.*

Sed quid hodie? Qui uſum adlatæ diſtinctionis hodiernum adhuc defendunt, ad *Art. 157. & 158. Conſt. Crim.* provocare ſolent, ubi pœna dupli & quadrupli non obſcure repetita eſſe

meſticum referebatur, quod ab inquilinis, ſervis, famulis, ancillis, pediſſequis, aliisque mercenariis, qui mercede diurna operas ſuas locant, perpetratum, ſed tales perſonæ hodie plane non excuſantur, de qua materia fuſe agit Carpzov. *Pr. Crim. qu. 82. num. 39. usque ad num.* [illegible].

DISTINCTIO IV.

Inter furtum *nocturnum & diurnum.*

Fur *nocturnus* ab eo, cui res ſuas auferre intendit, impune occidi poteſt, modo (1.) hoc faciat *pro defenſione ſuæ perſonæ, vel rerum ſuarum,* unde fur, ſi absque rebus recedat, occidi nequit: (2.) *cum clamore:* (3.) *ut ignotus fuerit fur,* nec adfuerint teſtes. qui illum cognoſcere & contra eum de furto deponere potuerint, & (4) *quod capere non potuerit furem,* quæ quatuor ab interpretibus copulative requiruntur, alias ſi unum ex illis deficit, pœna extraordinaria locum habet, quam materiam iterum latius pertractat & Reſponſis Scabinorum Lipſienſium illuſtrat Carpzov. *qu. 32. n. 37. ad fin.* Adde locum *Exod. 22. verſ. 2. & 3.* Wann ein Dieb ergriffen wird / daß er einbricht / und wird drob geſchlagen / daß er ſtirbt / ſo ſoll man kein Blut-Gericht über jenen laſſen gehen / iſt aber die Sonne über ihn aufgangen / ſo ſoll man das Blut-Gerichte gehen laſſen.

DIST.

DISTINCTIO V.

Inter furtum *magnum & parvum.*

PRopter furtum *magnum*, id, eſt tale, quod valorem quinque aureorum Hungaricorum excedit, pœna ſuſpendii locum habet, non autem propter *parvum*, unde etiam ſi furtum a pluribus commiſſum, diviſione autem rei furtivæ inter fures facta cuiuslibet portio ad valorem quinque ducatorum non aſcendat, pœna ſuſpendii locum non habet, quia furtum ſingulorum intuitu magnum eſſe debet, *v. Conſt. Crim. art.* 159. *ſeqq.* Carpzov. *quæſt. 78. num.* 26. *ſeqq.*

DISTINCTIO VI.

Inter furtum *ſimplex & qualificatum.*

PRopter furtum *ſimplex* prima vice commiſſum pœna laquei regulariter dictari non poteſt, bene tamen propter *qualificatum*. Dicitur autem *qualificatum*, non ut vulgo deſcribunt, das mit Einſteigen und Erbrechen geſchicht/ ſed prout recte ſtatuit Carpzov. *qu. 79. num.* 5. & 6. *quando effractio fit cum armis, magna adhibita violentia, ex qua facile ſeditio oriri poſſet & unde latrocinium a fure cum telo accedente metuendum,* ein gefliſſener/ gefährlicher Diebſtall/ id eſt, ubi ex circumſtantiis apparet, delinquentem & furandi & occidendi animum

nimum habuiſſe, quia talibus armis inſtructus fuit, quæ communiter ad interficiendos homines adhiberi conſueverunt, *Art. 159. & 160. Conſt. Crim.* ibi: **So iſt in dem Diebſtall/ der mit Waffen geſchicht/ einer Vorgewaltigung und Verletzung zu beſorgen/ darumb in dieſem Fall der Mann mit dem Strang geſtraffet werden ſoll/** de quo latius videri poteſt Carpzov. *loc. cit.*

DITSINCTIO VII.

Inter furtum *primum & tertium.*

OB *primum* pœna laquei non dictatur, niſi aliud quid concurrat, ex quo ſingularis malitia furis appareat, *v. art. 160. Conſt. Crim.* ibi: **Und in ſolchen Fällen muß man anſehen/ den Werth des Diebſtalls/ auch ob der Dieb darob berüchtiget oder betreten ſey/ mehr ſoll ermeſſen werden der Stand und das Weſen der Perſon/ ſo geſtohlen hat/ und wie ſchädlich dem Beſchädigten der Diebſtall ſeyn mag/ und Straff darnach an Leib/ oder Leben/ urtheilen/** quam ſententiam, quamvis multi diſſentiant, per totam tamen Germaniam fere uſu & praxi receptam eſſe teſtatur Daniel Müller. *ad conſt. Elect. 32. num. 81 in fin. part. 4.* Sed ob tertium pœna laquei locum habet, modo tria furta, ſimul computata, valorem quinque ſolidorum excedant. In Saxonia tamen per *cit. conſt. Elect. 32. Part. 4.* etiam ob primum furtum magnum pœna laquei indiſtincte dictari ſolet, vid. Carpzov. *qu. 78. n. 68. usque ad 82.*

Digitized by Google

DISTINCTIO IIX.

Inter furtum *rei*, *uſus* & *poſſeſſionis*.

RAtione *pœnæ privatæ* conveniunt hæ tres furti ſpecies, quemadmodum enim ob furtum *rei* non manifeſtum actio furti ad conſequendum duplum competit, §.5. *J. de oblig. quæ ex delict. naſc.* ita quoque ob furtum *uſus* *l.54.pr.* & §.*1. ff. h. t.* nec minus ob furtum *poſſeſſionis*, *l. 46. §. 1. ſeqq. l. 79. ff. eod. l. 74. ff. de ſolut.* ubi tamen non res ipſa, ſed intereſſe duplatur. Hactenus ergo diſtinctio illa uſum aliquem apud Romanos ne quidem habuit.

Deprehenditur tamen ille *intuitu pœnæ publicæ*, nam pœna laquei propter furtum *rei* quidem locum habet, non tamen propter furtum *uſus* & *poſſeſſionis*, de quo iterum conſulendus ſæpe citatus Carpzovius *quæſt. 85. per tot.*

LIB. XLVII. TIT. X.

De injuriis & famoſis libellis.

DISTINCTIO I.

Inter injuriam *verbalem* & *realem*.

USus hic eſt. Ob injuriam *verbalem* actio æſtimatoria, quia prætoria eſt, *intra annum ſaltem* inſtitui poteſt a tempore notitiæ computandum, *l.17. §.6. ff. de injur. l.5. C. eod.* ſecus in injuria *reali*, quando actio illa ex L. Cornelia propterea inſtituitur, quia quis alterum verberavit, pulſavit, aut domum ejusdem vi in-

vi in-

Digitized by Google

vi introivit, hæc enim, quia ex iure ciuili deſcendit, *triginta demum annis* præſcribitur, *arg. l.3. C. de præſcript. 30. annor.* quod autem ex L. Cornelia ad æſtimationem agi poſſit, ſatis liquide ex *l.37. §.1. ff. h. t.* apparet, v. B. Stryk. *in tr. de act. forenſ. inveſt. ſect. 1. membr. 10. §. 49.*

DISTINCTIO II.

Inter iniuriam *ſcriptam & non ſcriptam.*

VSus in camera deprehenditur. Quod ſi enim iniuria *ſcripta* eſt, illam *perpetuo* vindicari poſſe ſtatuunt Cameraliſtæ, vid. Gail. *lib. 2. obſ. 108.* ſi vero *non ſcripta* eſt, actio iniuriarum *anno* præſcribitur.

In Saxonia & *ſcripta* & *non ſcripta* iniuria anni lapſu extinguitur, Carpzov. *P. 4. C. 46. def. 1. in fin.* quam ſententiam & juri Romano conformem eſſe aſſerit illuſtr. Stryk. *loc. cit.* §. *48.* quippe quod hoc reſpectu iniuriam alteram ab altera neutiquam diſtinguit, add. Struv. *S. J. C. Ex. 48. th. 65.*

DISTINCTIO III.

Inter *iniuriam ſcriptam & famoſum libellum*, ſive *Pasquillum.*

QUoad differentiam theoreticam DD. in eo, ni fallor, conveniunt omnes, quod

 fa-

famoſus libellus alteri *delictum aliquod, vel factum turpe* imputare debeat, Heigius *P. 2. quæſt. 31. num. 16. ſeqq.* unde, ſi quis ſaltem luſcus, claudus, ſpurius, vel ut addit de ſuo tempore Carpzovius *prax. crim. quæſt. 98. num. 51.* novitius, ein Pennal/ vocetur, hoc non pro famoſo libello, ſed pro iniuria ſcripta habendum eſt.

Verum in eo maximum inter interpretes deprehenditur ſchisma, quando nempe quæritur: *utrum etiam ad eſſentiam famoſi libelli requiratur, ut autor nomen ſuum occultet?* Affirmativam tuentur Carpzov. *d. qu. 98. n. 28. ſeqq.* Schultes *in addit. ad Matth. Coler. Part. 1. deciſ. 154. num. 15.* Finckelth. *Obſ. 38. per tot.* qui plures allegat. Provocant hi ad *l. 5. §. 9. ff. de iniur.* item *ad l. un. C. de famoſ. libell.* nec non ad *Conſt. Crim. art. 110.* ibi: So jemand durch Schmähebrieffe/ die er ausbreitet/ und ſich nach Ordnung der Rechte mit ſeinem rechten Tauff- und Zunahmen nicht unterſchreibet/ Laſter und Ubel zumiſſet. DD. Saxonici adhuc addunt *Conſt. Elect. 44. Part. 4. §.* Ordnen und ſetzen auch.

Negativam propugnant Petrus Heigius *d. p. 2. qu. 31.* Bocerus *de famoſ. libell. cap. 2. n. 7. 8.* Stephani *ad art. 110. Conſt. Crim.* & alii ab hoc citati, qui non minus ac priores ad *l. 5. §. 9. ff. de iniur.* præcipue autem ad *Receſſ. Imp. de An. 1573. tit. 35.* von Buchdruckern/ Schmähe-Schrifften/ &c. *verb.* es habe der Autor ſeinen

Nah-

Nahmen darunter geſetzt/ oder nicht, &c. provocant.

Nobis affirmantium ſententia negativæ præferenda eſſe videtur ex rationibus, quas longo numero ſuppeditat Finckelthauſ. *cit. obſ. 38.* ubi in ſpecie *num. 17.* monet verba: Es habe der Autor ſeinen Nahmen darunter geſetzt / oder nicht/ non referenda eſſe ad Pasquillos, quippe de quibus demum *in fine d. tit. 35.* agatur, ſed ad libros, ad iniuriam alterius & contemtum ſcriptos, quod illi imprimi & vendi non debeant, quamvis in iis Autoris nomen adiectum fuerit.

Uſus diſtinctionis huc breviter redit, quod ob *iniurias ſcriptas* pœna arbitraria ſaltem dictari ſoleat, ob *famoſum libellum* autem, ſi in eo delictum capitale alicui imputatum fuit, pœna ultimi ſupplicii locum habeat, vid. Stephani *loc. prox. cit.* quamvis nec hoc adeo rigide hodie obſervari ſoleat.

Digitized by Google

LIB. XLVII. TIT. XI.

De extraordinariis criminibus.

DISTINCTIO I.

Inter crimina *ordinaria & extraordinaria.*

VAriæ hic DD. ſunt opiniones, quænam inter duo illa intercedat differentia. Admodum vero placent, quæ hac de re habet illuſtr. Thomaſius *in Diſſ. Lipſ. de Abigeatu* §. 8. Publica ſcilicet, in ſpecie dicta, (ſive *ordinaria*) ea eſſe, in quæ pœna, intereſſe reipubl. reſpiciens, *certa aliqua & ſpeciali lege publicorum iudiciorum, vel SCto* eſt ſtatuta, quamvis *ipſa pœna non ſemper ſit certa* ob nimis variantes circumſtantias, ut in crimine falſi: e contrario autem *extraordinaria* vocari, *ubi deficit Lex vel SCtum*, pœnam dictans, ſed eius impoſitio relinquitur arbitrio judicis, quamvis interdum memoretur, *certam quandam pœnarum ſpeciem per conſtitutiones & reſponſa prudentum tali delicto applicatam fuiſſe*, ut in crimine partus abacti, *l. 4. ff. de extr. crim.*

Quid

Quid in effectu interfuerit, de eo agit Ant. Matthæi *de Crimin. in proleg. cap. 4. n. 10.* & Huber. *in Prælect. ff. h. t.* quos autores excerpſit Dn. Beyer *in Poſit ff. h. t.* Potiora momenta huc recurrunt: Dicunt (1.) in criminibus *ordinariis* fuiſſe *certam formulam* accuſandi, non autem in *extraordinariis*.

(2.) In *ordinariis quemlibet ex populo* accuſare potuiſſe, non autem in *extraordinariis*.

(3.) In *ordinariis* fuiſſe *certum ordinem judicialem*, (de quo late Gothofred. *ad l. 8. ff. de publ. iudic.*) non autem in *extraordinariis*.

Verum enim vero cum hodie nec in civilibus, nec in criminalibus, ordinariis aut extraordinariis iudiciis, formulas habeamus, (poſito etiam, quod olim in ordinariis tales fuerint,) nec porro hodie quilibet ex populo accuſet, atque ordo iudiciorum publicorum iam in *l. 8. ff. de publ. iudic.* abrogatus fuerit; hinc concluſionem facile fluere exiſtimamus, adlatam diſtinctionem non habere uſum in praxi. Alia huc facientia habet illuſtr. Thomaſius *loc. cit. §. 12. ſeqq.* & noſtram ſententiam confirmat Collegium iuris Argentoratenſe *ad ff. h. t. §. 2. inf.*

LIB. XLVII. TIT. XXIII.

De popularibus actionibus,

&

LIB. XLIIX. TIT. I.

De publicis iudiciis.

DISTINCTIO I.

Inter *actiones populares & iudicia publica.*

CONveniunt hactenus, *quod quemadmodum in iudicio publico quilibet ex populo agere poteſt, ita quoque in actione populari*; ſed differunt *intuitu finis.* Scilicet *in judicio publico* agitur ad pœnam *fiſco* perſolvendam, aſt vero in *actionibus popularibus* ea pœna *actori* applicatur, v. g. in actione albi corrupti, ſepulchri violati, de dejectis vel effuſis, ſi liber homo ex ea dejectione perierit, &c. vid. Dn. Thomaſ. *loc. alleg.* §. 9.

Hodie cum ex mulctis actoribus nihil omnino relinqui ſoleat, ſed fiſcus in quibuscunque delictorum & actionum generibus omnia ad ſe rapiat, atque per conſequens actiones populares non ſint in rerum natura amplius, hinc fere inferre auderem, adlatam diſtinctionem apud nos uſum non habere.

LIB.

Digitized by Google

LIB. XLIIX. TIT. IV.

Ad L. Juliam Majeſtatis.

DISTINCTIO I.

Inter crimen *perduellionis & læſæ majeſtatis in ſpecie.*

CRimen *perduellionis* vocant, quando aliquid ſuſcipitur a delinquente, *quod ſalutem ipſius Imperantis & Reip. directo & neceſſario deſtruit*, quo pertinent inſidiæ vitæ principis ſtructæ, rebellio, ſeditio, tumultus, &c. *v. l. 1. ſeqq. ff. h. t.* Sed crimen *læſæ majeſtatis in ſpecie* dicitur, quando aliquis ex ſubditis ſibi ea propria authoritate adſcribit, *quæ ad regalia minora pertinent & absque ſpeciali conceſſione poſſideri nequeunt*, v. g. ſi quis privatos carceres, vel alios actus iurisdictionales exercet: ſi quis monetam cudit: ſi quis absque conceſſione principis venationem exercet, &c. vid. Struv. *S. J. C. Exerc. 49. th. 20. & 21.*

Hæc duo crimina propter pœnæ diverſitatem probe ſeparanda. Nam crimen *perduellionis* punitur capitaliter gladio, vel etiam interdum pro ratione circumſtantiarum diſſectione in quatuor partes: memoria rei poſt mortem eius damnatur, quod fit inſignium ruptione, ædium demolitione, aliisque modis:

bona confiſcantur: filii infamia notantur, *l.5. C.h.t.* ſcientia etiam & conatus pœna ordinaria punitur, *d.l.5.* Bartol. *ad l.3.ff.h.t.* Bocerus *de crim.majeſt.c.2.num.39.* & hoc crimen poſt mortem delinquentis quoque coercetur, vid. Struv. *d. th.20.* cuius exemplum in Cromwellio, Protectore quondam Angliæ, habemus, & quantum ad ſcientiæ pœnam attinet, in Thuano in Gallia propterea pœnæ capitali ſubjecto, de quo Priolus *de reb. Gall. lib. 1.* videri poteſt.

In crimine *læſæ Majeſtatis in ſpecie* pœna arbitraria locum habet communiter, vel ſi etiam ad capitalem devenitur, ut propter crimen falſæ monetæ, confiſcatio tamen bonorum, & reliqua enormia, de quibus modo dictum, in totum ceſſant, vid. Carpz. *Pr. crim. qu. 41.num. 123.* quamvis hic autor duo recenſita crimina non adeo accurate & ſollicite ab invicem diſtinguat.

LIB. XLIIX. TIT. V.

Ad L. Jul. de adulteriis coercendis.

DISTINCTIO I.

Inter adulterium *ſimplex & duplex.*

ADulterium *duplex*, die Ober-Hurerey/ jure Moſaico in utraque perſona capitaliter punitur, *Levit.20.v.10.* ſed Juſtinia-

ſtinianus fœminas ab hac pœna exemit, eiusque loco ſubſtituit, ut virgis cæſæ in monaſterium detrudantur, ita tamen, ut mariti facultate easdem intra biennium iterum recipiendi pollere debeant, *Nov. 134. c. 10*, & exinde deſumpta *Auth. ſed hodie C. h. t.* ad quam Juſtiniani conſtitutionem ſe remiſit Carolus V, *in Conſt. Crim. art. 120.* ibi: ſollen nach Sage unſer Vorfahren und unſer Käyſerlichen Rechten geſtrafft werden. De antiquis pœnis late agit Heigius *p. 2. qu. 29. num. 36. ſeqq.*

In praxi idem adhuc obtinere, vel, ubi apud proteſtantes monaſteria non amplius habentur, uxoribus adulteris pœnam fuſtigationis cum perpetua relegatione dictari ſolere, aſſerit Carpzov. *Pr. Crim. qu. 53. n. 30. ſeqq.* De plurimis tamen locis contrarium, id eſt, quod tam intuitu fœminarum, quam maſculorum pœna capitalis obtineat, teſtantur Joach. a Beuſt. *de Connubiis p. 2. c. 18.* Herman. Vultejus *ad §. 7. J. de publ. judic.* vid. Struv. *Ex. 49. th. 30.* & Stephani *in not. ad Art. 120. Conſt. Crim.* in ſpecie de Electoratu Saxoniæ, Palatinatu & Ducatu Haſſiæ Heigius *d. qu. 29. num 72. 73.* de Electoratu Brandenburgico Brunneman. *Proc. inquiſ. cap. 9. num. 30.* Unde hic ad mores cuiusvis loci reſpiciendum. Sane de iure *Lubecenſi* pœna in utroque conjuge adultero *prima vice* ſaltem eſt *60. marcarum Lubecenſium*, aut qui tantum in bonis non

habet,

habet, cippo imponitur: *ſecunda vice* ſimpliciter *cippo imponuntur* adulteri, poſſunt tamen eius loco perpetuam relegationem eligere: *tertia denique vice & cippo imponuntur, & deinde relegantur in perpetuum*, vid. *Jus Lubec. l. 4. Tit 6. Art. 2.* idem apud *Bavoros, Tirolenſes, Argentinenſes & Friburgenſes*, teſtante Heigio *d. p. 2. qu. 29. num. 75.* Mev. *ad jus* Lub. *lib. 4. tit. 6. art. 2. n. 3.*

Hæc de pœna adulterii duplicis. In *ſimplici* ſubdiſtinguendum. Aut *ſolutus concumbit cum uxore aliena*, & tunc iure communi maſculus ſolutus pœna capitali afficitur, uxor vero adultera itidem, ut antea dictum, punitur, vid. Struv. *Exerc. 49. theſ. 30.* Stephani *ad Conſt. crim. art. 120. num. 5.* Jure Saxonico autem utrique delinquenti pœna gladii dictitatur, Carpzov. *Pr. Crim. qu. 54. num. 27. ſeqq.* quod & in nonnullis aliis locis obſervari ex Beuſtio tradit Struv. *loc. alleg.*

Aut vero *maritus cum ſoluta concumbit*, & tunc iure communi marito pœna relegationis & fuſtigationis; fœminæ ſolutæ autem relegationis temporalis, vel carceris etiam dictatur, Struv. *loc. cit.* jure Saxonico Electorali maritus capite plectitur, & fœmina ſoluta, virgis cæſa, in perpetuum relegatur, Carpzov. *qu. 53. num. 36. ſeqq. & qu. 54. num. 37. ſeqq.* ubi *num. 43. ſeqq.* hanc pœnam etiam in

Digitized by Google

in Comitatu Schwartzburgenſi & Hennebergenſi, nec non in ditionibus Baronum a Schönburg receptam eſſe teſtatur.

In Electoratu Saxoniæ in eo etiam adlatæ diſtinctionis uſus adparet, quod *remisſio coniugum in ſimplici quidem adulterio* locum habeat, non autem in *duplici*; extra Electoratum autem hæc differentia ceſſat, & in utraque adulterii ſpecie propter coniugis innocentis interceſſionem mitior pœna dictari ſolet, id. *quæſt. 55. num. 109. ſeqq.*

DISTINCTIO II.

Inter *ſtuprum & fornicationem.*

STuprum cum fœmina (virgine vel vidua) *honeſte vivente* committitur, *fornicatio* autem cum tali, quæ *paſſim ſe proſtituit*, *v.* §. 4. *J. de publ. jud. l. 43. pr.* §. 1. *ſeqq. ff. de rit. nupt.* & cui adeo nomen *meretricis* tribuitur in legibus.

Hæc duo neutiquam ſunt confundenda, cum alia longe in effectu fornicationis, quam ſtupri ſit ratio. Scilicet propter *ſtuprum* commiſſum ſtuprator eo adſtringitur, ut vel in matrimonium ducat perſonam ſtupratam, vel eandem dotet; at in *fornicatione* & ſi quis cum meretrice concubuit, hæc prorſus ceſſant,

ſant, Carpzov. *qu. 68. per tot. in ſpecie num. 76. ſeqq.* ubi tamen *num. 118.* notat, *ratione alimentorum, infanti præſtandorum*, nihil intereſſe, utrum quis cum perſona honeſta, an vero cum meretrice concubuerit.

Ratione *pœnæ publicæ* hoc diſcriminis intercedit inter ſtuprum & fornicationem, quod propter *ſtuprum* tam maſculo, quam fœminæ pœna carceris, (vel etiam pecuniaria in plerisque locis) dictari ſoleat, quod eodem modo in *fornicatione* quoad maſculum obtinet, aſt meretrici, *ſi clam exercuit artes ſuas*, plerumque pœna carceris, aut alia arbitraria; *ſi palam*, pœna relegationis dictatur, vid. id. *qu. 69. & 70.*

Filia, *ſtuprum paſſa*, propterea nondum poteſt exheredari, bene tamen, ſi *meretricio more* vivere incipiat ante annum 20. *v. Nov. 115. c. 3. §. 11. ibique Gothofred. in not.* Weſenb. *in parat. ff. de lib. & poſth. hered. inſt. num. 5.* Carpzov. *qu. 69. num. 65. ſeqq.* Ineptum vero eſt, quod dicit gloſſa *in c. vidua. diſt. 34. verb. multorum, meretricem eam demum eſſe, quæ plures admiſerit, quam 23000. homines.*

Liberi, ex *ſtupro* procreati, vocantur *naturales*, & legitimari poſſunt; qui autem *ex fornicatione*, *ſpurii* appellantur. & legitimari nequeunt, niſi accedat diſpenſatio principis.

Ita

Digitized by Google

Ita de jure Romano, ſed hodie etiam ſpurios legitimari, æque ut naturales, tradunt DD. vid. Struv. *Exerc. 3. theſ. 471.* Stephani *ad Nov. 118. num. 32.*

Meterix a vicinis ex vicinia expelli poteſt, Menoch. *l. 2. A. Q. caſ. 78. num. 11. & caſ. 228. num. 14.* Brunnemann. *ad l. 1. §. 2. C. de S. Trinit.* Dion. Gothofred. *ad l. 4. C. de ſpectac. & ſcen. & Lenon.* non autem perſona, *ſtuprum paſſa.* De jure communi in *meretricem* non committitur ſtuprum violentum, bene tamen in defloratam; quod tamen de iure Saxonico non attenditur, Carpzov. *qu. 75. n. 12. ſeqq.*

DISTINCTIO III.

Inter ſtuprum *violentum* & *voluntarium.*

PRius gladio punitur in maſculo, *poſterius* pœna arbitraria, prout ad *Diſt. præced.* dictum. In *voluntario* etiam perſona deflorata punitur, prout ibidem ad *Diſt. eand.* dictum, ſed in *violento* non niſi coronam virginitatis, **den Jungfrauen Crantz** / tanquam ſignum corporalis virginitatis amplius geſtare non debeat, vid. Carpzov. *qu. 75.* quamvis hodie hoc ſignum apud pleraſque virgines in deſuetudinem abierit.

DIST.

Digitized by Google

DISTINCTIO IV.

Inter ſodomiam *cum hominibus* & cum *beſtiis* commiſſam.

JUre Carolino nulla eſt differentia, utrumque enim delictum pœna ignis coercetur, *Conſt. Crim. art. 116.* Aſt jure Saxonico, in *priori* caſu pœna gladii ſaltem obtinet, Carpzov. *qu. 76. num. 19. ſeqq.*

Lib. XLIIX. Tit. VI. & VII.

Ad L. Jul. de vi publica & privata.

DISTINCTIO I.

Inter vim *publicam & privatam.*

PUblica ita vocatur, vel ratione *perſonæ inferentis:* vel ratione *patientis:* vel *modi:* vel *loci; privata* autem, ubi omnes eiusmodi circumſtantiæ deſunt, vid. Lauterbach. *Comp. iur. h. tit.*

Utriusque pœna eſt arbitraria, carceris, relegationis, &c. ita tamen, ut propter vim publi-

publicam ea communiter exaſperari ſoleat, ſic v. g. illi, qui in loco publico aliquem percutit, vel itinera obſidet, (Germani vocant die Vorwegelagerung) manus amputari ſolet, atque in aliis caſibus ſæpe fuſtigatio cum perpetua relegatione dictari conſueuit, de quo fuſe agit Carpzov. *quæſt.* 40.

DISTINCTIO II.

Inter *vim publicam & crimen fractæ pacis publicæ.*

De *priori* modo dictum. *Poſterius* autem banno Imperiali coercetur, & ſi deprehenditur bannitus, pœna gladii afficitur, *v. Conſt. Crim. art. 128. & 129. ibique Stephani in Comment.* Ad crimen fractæ pacis publicæ autem requiritur præcipue (1.) ut fiat *cum armis* & (2.) *coadunatis hominibus*, ita ut ſpeciem belli alicuius privati præ ſe ferat. Numerus perſonarum tamen non eſt determinatus, ſed quemadmodum in iuſtis bellis exercitus interdum major eſt, interdum minor: ita hic quoque interdum plures, interdum pauciores ſocii adhibentur, vid. Carpzov. *qu.* 35.

LIB. XLVIII. TIT. IIX.

Ad L. Corneliam de ſicariis.

DISTINCTIO I.

Inter homicidium *doloſum*, *culpoſum* & *caſuale*.

D*Oloſum* pœnâ gladii coercetur: *Culpoſum* pœna extraordinaria, fuſtigationis, vel relegationis, pro gradu admiſſæ culpæ; *Caſuale* plane non punitur, Carpzov. *qu. 1. & 27.* Brunnem. *Proc. inquiſ. cap. 9. num. 54. ſequ.*

DISTINCTIO II.

Inter homicidium *ſimplex* & *qualificatum*.

S*Implex*, quod in rixa, *ſubito oriente*, committitur, pœna gladii punitur, ut modo dictum; ſed in *qualificato* pœna exaſperatur. Idque vel ideo, *quia duplex vinculum violatum*, ut in crimine parricidii, ubi pœna culei: vel *quia aliud delictum concurrit*, ut in latrocinio animus occidendi & lucrifaciendi, ubi pœna rotæ: vel *quia longa præceſſit deliberatio & inſidiæ*

ſidiæ, ex quibus major malitia colligitur, ut in crimine veneficii & aſſaſſinii, ubi itidem pœna rotæ locum invenit, vid. Carpzov. *qu. 8. 19. 22. &c.*

LIB. XLIIX. TIT. IX.

De L. Pompeja de parricidis.

DISTINCTIO I.

Inter parricidium *proprium & improprium.*

PRoprium, quod in linea recta ab aſcendentibus committitur, pœna culei coercetur, ſive ſuffocatione in aquis, ubi juxta *l. un. C. de his, qui parent.* *canis, gallus gallinaceus, vipera & ſimia* culeo ſimul includuntur. Hodie extra Saxoniam hæc animalia ubique fere omittuntur, vid. Brunnemann. *Proc. inquiſ. cap. 9. num. 70.* In Saxonia tamen peculiari ſacculo includuntur, loco ſimiæ felis ſubſtituitur, & ſi vivus ſerpens haberi nequeat, pictus adhibetur, culeus etiam non amplius ex corio, ut olim, ſed ex linteo conficitur, Carpzov. *qu. 8. n. 19. ſeqq.*

Si aqua publica deficiat, in Saxonia rota ſubſtituitur, id. *loc. cit. n. 22.* extra Saxoniam gladius, Brunneman. *d. cap. 9. n. 70.*

Improprium vocant, quod committitur, proximos collaterales usque ad quartum gradum, item proximos affines, coniuges & benefactores, v. gr. patronos, occidendo. Pœna hic ſaltem ea eſt, quæ in homicidio alias locum invenit, gladii ſcilicet, niſi quod in crimine uxoricidii & mariticidii in Saxonia pœnam culei uſitatam eſſe teſtatur Carpzov. *quæſt. 12.* Extra Saxoniam pœnam gladii obtinere dicit Brunnemann. *d. c. 9. num. 73.* niſi delictum ſit diu coctum & deliberatum, ubi pœnam rotæ dictari ſolere aſſerit.

In *art. 137. Conſt. Crim.* additur quidem, quod in hoc parricidio improprio reus ferro candenti ſit adurendus, vel trahæ alligatus ad ſupplicium rapiendus, & cadaver rotæ imponendum; ſed hoc in praxi non obſervari, niſi forſan ſingulares inſidiæ præceſſerint, aut ſit parricidium proprium, teſtatur illuſtr. Stryk. *in not. ad. Lauterbach. h. t. verb. ferro candenti.* add. Brunnem. *d. c. 9. num. 70.*

LIB.

Digitized by Google

LIB. XLIIX. TIT. XVI.

Ad SCtum Turpilianum & de abolitionibus criminum.

DISTINCTIO I.

Inter *calumniatores*, *prævaricatores* & *tergiverſatores*.

C*Alumniator* hic dicitur, qui dolo malo alterum innocentem de crimine accuſat. *l. 1. §. 1. ff. h. t.* *Prævaricator*, qui vera crimina abſcondit, ſeu eas probationes doloſe omittit, quibus convincere potuiſſet accuſatum. *Tergiverſator*, qui a cœpta ſemel accuſatione plane iterum deſiſtit, ab accuſato ad hoc inductus, *d. l. 1. §. 1. h. t. l. 6. pr. ff. eod.*

Calumniatoribus olim ex lege Remmia litera K in fronte inurebatur, Gothofred. *ad l. 1. §. 2. h. t.* neque enim tunc calumnia, ſed Kalumnia ſcribebant; iure codicis hæc inuſtio abrogata fuit, licet ex erronea cauſa, inque eius locum pœna talionis ſubſtituta, *l. 17. C. de pœn. l. fin. C. de accuſat.*

Prævaricatores itidem eidem pœnæ ſubiiciuntur,

Digitized by Google

untur, qua afficiendus fuiſſet accuſatus, ſi per prævaricationem pœnam non evaſiſſet, *l. 6. ff. de prævaricat.*

Tergiverſatores, ſi abolitionem non impetrarunt, quinque libris auri puniuntur, *l. 3. §. 3. ff. de prævaricat.* & accuſare amplius non poſſunt, *l. 2. ff. h. t.*

Vides, diſtinctionem præſentem exinde originem ſuam habere, quod apud Romanos in criminibus publicis quilibet ex populo accuſationem inſtituerit: unde cum apud nos illæ accuſationes fieri non ſoleant, dictam diſtinctionem utilitatem aliquam in praxi non præſtare, aſſerere nullus dubito.

Sunt quidem apud nos adhuc in uſu *calumniatorum* & *prævaricatorum* vocabula, ſed non in eo ſignificatu, quem modo adduximus. *Tergiverſatorum* nomen vero hodie plane non auditur. Scilicet illi quoque vocantur *calumniatores*, qui vel *repugnante conſcientia litigant*, unde juramentum calumniæ deferri ſolet, vel *qui ob calumnioſam litem* (civilem) *pecuniam acceperunt*, de quibus agitur ſub *tit. de culumniatoribus*, vid. Brunneman. *Rep. Parat. tit. de Calumniator. qu. 3.* Per *prævaricatores* autem eos advocatos, vel procuratores hodie intelligimus, qui cum parte adverſa col-

colludunt, & ſecreta cauſæ revelant, vid. Lauterbach. *ad tit. de prævaricat.* ſed prout dixi, illi ſignificatus non ſunt huius loci.

DISTINCTIO II.

Inter abolitionem *generalem & ſpecialem.*

G*Eneralis* ſive *publica* fiebat apud Romanos non per judicem, ſed ex legis diſpoſitione, ut ſcilicet feriis, e. g. paſchalibus, poſt motam ab aliquo accuſationem ſupervenientibus, dicta accuſatio ſuſpenderetur, & feriis finitis, in arbitrio accuſatoris eſſet, utrum in accuſando pergere velit, annon. Idem obtinebat ob ſupervenientem alium diem inſignem, vel publicam gratulationem, v. g. ob natalem filii Principis, vel ob rem proſpere geſtam, &c. *v. l. 3. C. de epiſcop. aud. l. 8. 9. & 12. ff. h. t.* & omnino Gothofred. *ad d. l. 12. ff. h. t.* Et hic accuſator deſiſtens, quamuis juſtam deſiſtendi cauſam probare non poſſet, in poenam SC. Turpiliani in tergiuerſatores ſtatutam (*v. Diſt. præced.*) non incidebat.

E contrario abolitio *ſpecialis* ſiue *priuata* a judice, coram quo accuſatio mota erat, impetrabatur, ſed hic ad evitandam poenam SCti juſta cauſa probanda erat, pro qua reputabatur.

tabatur, ſi quis per errorem, temeritatem, ſimplicitatem vel calorem, dum ſuam ſuorumque iniuriam vindicare intendebat, ad accuſationem ſe proſiliiſſe dicebat, *l. 2. C. de abolit. l. 5. & 6. C. ad SCt. Turp.* & fiebat tunc abolitio, inſcio etiam accuſato. Exceptio erat, ſi vel carceres, vel tormenta, vel verbera, vel catenas jam ſuſtinuerat, tunc enim ipſius quoque conſenſus accedere debebat, *l. 3. C. de abolit.*

Vides iterum, diſtinctionis uſum intuitu eorum, *qui in publicis judiciis alios accuſant*, ſe unice exſerere. at vero notum eſt, tales accuſatores apud nos vel plane non dari, vel admodum raros ad minimum eſſe, unde prono alveo etiam profluit, diſtinctionem hodie in praxi nullius, vel exiguæ eſſe utilitatis. Equidem vocabulum *abolitionis* haud raro adhuc hodie auditur, quando ſcilicet inquiſiti pro caſſatione proceſſus inquiſitorii, adverſus ipſos moti, principi ſupplicare ſolent; ſed prout quilibet videt, hæc abolitio (quæ oblata certa pecuniæ quantitate fieri ſolet) toto cœlo ab abolitione Romanorum differt, & eſt potius aggratiatio, quam abolitio. Scilicet apud Romanos abolitionem petebat *accuſator*, hodie autem *accuſatus*, ſive potius *inquiſitus*, conf. Struv. *Ex. 49. th. 89.*

LIB.

Digitized by Google

LIB. XLVIII. TIT. XIX.

De pœnis.

DISTINCTIO I.

Inter poenam *conventionalem* & *legalem*.

COnventionalis, (quo refero den Reukauff / item pœnam dupli propter evictionemRomanis uſitatam) *etiam ab heredibus exigi poteſt, l. 47. ff. de act. emt.* quod in pœna *legali* ſecus ſe habet.

DISTINCTIO II.

Inter poenam *civilem* & *criminalem*.

USus hic eſt, quod pœnam *criminalem*, quæ ad publicam ſatisfactionem pertinet, judex *ex officio imponere poſſit*, quamvis nullus actor exiſtat; hoc aliter ſe habet in pœna *civili*, v. g. in æſtimatione iniuriarum, pœna dupli, quadrupli &c. apud Romanos uſitata, huius enim intuitu officium judicis mercenarium eſt. Adde, quod pœna civilis *remitti poſſit invito iudice*: criminalis non item.

NB. In Saxonia etiam *civiles* pœnæ vocantur nonnullæ, licet ad publicum intereſſe tendant, quarum præcipue hæ tres ſunt: *pœna pecuniaria*, *carcer* & *relegatio*, qui ſignificatus adeo cum priori illo, qui iuris civilis eſt, confundi non debet, quia has pœnas iudex etiam ex officio nobili infligere poteſt, vid. Carpzov. *prax. crim. qu. 130.* Sed manet tamen & apud Saxones uſus diſtinctionis eo caſu. Scilicet ſi reo poena eiusmodi *civilis* infligitur, tunc ille expenſas inquiſitionis reſtituere tenetur, non vero, ſi ipſi poena *criminalis* dictitatur, Carpzov. *Pr. crim. qu. 38.* Sed extra Saxoniam utroque caſu merito reus ad refuſionem expenſarum adſtringitur, prout recte monet Brunnemann. *Proc. inquiſ. c. 9. num. 3.*

DISTINCTIO III.

Inter poenam *capitalem & non capitalem.*

POena *capitalis* in iure ciuili vocatur, quæ vel naturalem, vel ciuilem vitam, v. g. libertatem aut ciuitatem, reo condemnato adimit, *§. 1. J. de publ. iud.* Verum iure Saxonico amiſſio vitæ ciuilis non attenditur, ſed illa ſaltem pro capitali pœna reputatur, quæ vita naturali accuſatum priuat, Carpzov. *Pr. crim. qu. 129.*

qu. 129. num. 1. 2. 3. Unde de jure civili fuſtigatio primum locum inter pœnas *non capitales* occupat, ſed de jure Saxonico etiam condemnatio ad opus publicum huc pertinet, Id. *d. l. n. 13.* vid. Lauterbach. *h. tit.*

Uſus in eo quæri poteſt. Magiſtratus inferior merum imperium habens pœnas *non capitales*, v. g. fuſtigationem, relegationem, &c. remittere, & in mitiores, v. g. mulctam, convertere valet, at in *capitalibus* ne minimum quidem ipſi hac parte arbitrium relictum eſt, ſed hic unice ad Principem confugere & ejusdem gratiam implorare oportet, Carpzov. *qu. 150.*

LIB. XLIIX. TIT. XXII.

De ſententiam paſſis & reſtitutis.

DISTINCTIO I.

Inter reſtitutionem *juſtitiæ & gratiæ.*

HÆc diſtinctio cum uſibus ſuis jam ſupra *lib. 4. tit. I.* explicata eſt. In præſenti hoc ſaltem addimus, quod quan-

quando princeps pœnam ſolummodo remittit, condemnatum autem in priſtina iura, dignitates & honores non reſtituit, ea reſtitutio tunc *minus plena* vocari ſoleat; quod ſi vero hæc omnia recipit reus, *plenæ* nomen conſequitur, vid. Lauterbach. *comp. iur. h. t.* Plena in dubio non præſumitur, ſed minus plena ſaltem.

Lib. XLIX. Tit. I.

De appellationibus & relationibus.

DISTINCTIO I.

Inter apoſtolos *dimiſſorios, reverentiales, refutatorios, teſtimoniales & conventionales.*

TEſtimoniales a notario dantur, quando coram ipſo & teſtibus appellatio rite eſt interpoſita, & hi, prout res ipſa monſtrat, *intra decendium* petuntur, quia appellatio intra decendium coram notario interponi debet. Hi ubique fere ſunt in uſu.

Con-

Digitized by Google

Conventionales pars parti dat, & in alterius appellationem ſe conſentire declarat. Hi apud nos plane in deſuetudinem abierunt.

Dimiſſorii ſunt, quando iudex a quo iniuſtitiam ſententiæ (a iudice extraneo forſan conceptæ) ipſe agnoſcit, & ſic *appellationem iuſtam eſſe perſuaſus eſt*.

Refutatorii e contrario, quando *apellationem iniuſtam eſſe credit*, & proinde argumenta, quæ forſan appellans adducit, vel adducere poteſt, breviter refutat.

Tandem vero *reverentiales*, quando *de iuſtitia appellationis dubitat*, vid. Brunnemann. *Proc. civ. c. 28. num. 57.* Hæ tres ſpecies poſteriores intra 30. dies a die publicationis ſententiæ computandos peti debent, *l. un. ff. de libell. dimiſſ.* Omnes ſunt in uſu. Comparative tamen refutatorii & reverentiales frequentius adhibentur, quam dimiſſorii.

DISTINCTIO II.

Inter *interpoſitionem*, *introductionem* & *juſtificationem* appellationum.

I*Nterpoſitio* appellationis intra *decem dies coram iudice inferiore* fieri debet, atque hoc

fat

fatale nec judicis decreto, nec partium conventione prorogari poteſt, *u. ſupra. tit. de feriis Diſt. V.*

Introductio expeditur *coram judice ſuperiore* per oblationem apoſtolorum, petitionem citationis adverſæ partis, compulſorialium & inhibitorialium, quod intra *ſex menſes* fieri debet, *Ordin. camer. p. 2. tit. 30.* §. Würde aber &c. ſed tamen hoc fatale prorogationem admittit. In tribunali Wismarienſi terminus eſt trium menſium, Brunnemann. *Proc. civ. c. 28. num. 67.* In Saxonia unius, Fibig. *in Proceſſ. c. 2. §. 21. num. 4. ibique Svendendörffer. in not.* alibi aliter.

Juſtificatio fit coram judice ſuperiore per oblationem gravaminum eorumque deductionem & probationem. Hæc olim intra *annum*, & ad ſummum intra *biennium* fieri debebat, *v. l. f. §. f. C. de temp. appellat.* Brunneman. *l. c. num. 89.* ſed hodie ubique, & in camera, & in provinciis ſtatuum, lites & inter eas in ſpecie appellationes, ſemper ſpirant & non exſpirant.

LIB.

LIB. XLIX. TIT. XV.

De captivis & poſtliminio & redemtis ab hoſtibus.

DISTINCTIO I.

Inter fictionem *L. Corneliæ & juris poſtliminii.*

CIvis Romanus, per adverſam fortunam in captivitatem detruſus, vel *moriebatur apud hoſtes*, vel *ex captivitate feliciter redibat*: *Priori* caſu locum habebat fictio *L. Corneliæ*, qua fingebatur, *captivum eo ſtatim momento, quo capiebatur, mortuum fuiſſe*, *l. 12. ff. qui teſtam. fac. poſſ.* *poſteriori* ad fictionem iuris poſtliminii recurrebant, *quaſi ſcilicet captivus reverſus nunquam in captivitate fuiſſet*, *§. 5. J. quib. mod. jus patr. pot. ſolv.* unde omnia iura poſtliminio iterum reſtituebantur, excepta poſſeſſione, quæ de novo apprehendi debebat, *l. 23. §. 1. ff. de acqu. poſſ.*

Vides, duas haſce fictiones ex eo fundamento apud Romanos introductas fuiſſe, quia ſervitus apud illos ex captivitate oriebatur,

batur, unde cum hodie contrarium DD. uno ore aſſerant, dictis fictionibus non amplius indigemus.

Lib. XLIX. Tit. XVIII.

De veteranis.

DISTINCTIO I.

Inter miſſionem *honeſtam*, *cauſariam* & *ignominioſam*.

De hac diſtinctione vid. *Doctr. ff. de teſtam. mil.* §. *VI.* & *h.tit.* §.1.

LIB. L. TIT. I.

Ad municipalem & de incolis.

DISTINCTIO I.

Inter *cives*, *incolas* & *forenſes*.

Cives dicuntur, qui & domicilium ſuum in aliqua civitate conſtituerunt, & ius civitatis acquiſiverunt.

Inco-

Digitized by Google

Incolæ, qui itidem quidem domicilium ſuum in civitate conſtituerunt, ſed tamen ius civitatis non acquiſiverunt.

Forenſes, qui nec domicilium in civitate habent, nec in numerum ciuium recepti fuerunt, ſed tamen bona ibi poſſident immobilia, vid. Mev. *ad jus Lubec. qu. 4. num. 1. & 2.*

Uſus in eo conſiſtit. *Cives* & communionem commerciorum & connubiorum & omnium emolumentorum habent, & *ad ſuffragia atque honores in civitate admittuntur*, quemadmodum etiam onera realia & perſonalia ferre tenentur. *Incolæ* pariter talia onera ferre debent, habent quoque communionem commerciorum & connubiorum, ſed *ad ſuffragia & ad honores non admittuntur, v. l. 29. ff. h. t.* cui non obſtat *l. 3. C. de incol.* quia ibi vocabulum *munerum* de muneribus cum dignitate coniunctis intelligendum, illuſtr. Stryk. *in not. ad Lauterb. h. t. verb. obſt. 3. Forenſes* denique quamvis hodie, ubi differentia inter peregrinos & cives ceſſat, jus commerciorum regulariter quoque habeant, (niſi mores quorundam locorum obſtent,) *ad munera perſonalia tamen non tenentur.* Imo, nec ad omnia realia, niſi

quatenus illa ſunt ordinaria, vel ad conſervationem rerum in civitate ſitarum pertinent. Quod ſi ergo v. g. hoſtis aliquis ciuitati exitium minitetur, niſi certam pecuniæ ſummam dederit, tunc forenſis, qui nullas ædes ibi poſſidet, ad contributionem non tenetur. Aliud vero ſi ædes ibi habeat, aut hoſtis fructus agrorum devaſtare velit, vid. Ziegler. *de jur. majeſt. l. 2. cap. 2.* §. 68.

Quæritur, *quemnam ſtatuta obligent?* De *civibus* quidem nullum adeſt dubium, ſive in rem, ſive in perſonam ſint concepta. Idem de *incolis*, niſi hi per ſpeciale privilegium exemti ſint, ut clerici, Profeſſores, Aulici, &c. tunc enim ea, quæ in perſonam concipiuntur, illos non ſtringunt. At vero *forenſes* nulla obligant, niſi quæ in rem, ibi ſitam, concipiuntur, de qua materia fuſius agit Mevius *ad jus Lub. quaſt. pralim.* 4.

LIB.

Digitized by Google

LIB. L. TIT. IV.

De muneribus & honoribus.

DISTINCTIO I.

Inter munera *perſonalia*, *realia*, ſed *patrimonialia* & *mixta*.

USus ex iis, quæ ad *Diſt. præc.* diximus, ſtatim apparet, quoniam ſcilicet cives & incolæ ad quæcunque munera tenentur, ſive ſint patrimonialia, ſive perſonalia; forenſes autem non niſi ad patrimonialia pro rebus in illa civitate ſitis. De mixtis idem dicendum eſſe puto, quod de perſonalibus, quia aliquid perſonale admixtum habent, quod nempe forenſes ad illa ſubeunda non adſtringantur. Mixtorum exemplum habetur in *l.* 18. §. 26. & 27. *ff. h. t.* de *decaprotis* & *iſocaprotis*, qui non ſolum tributa & annonam exigentes corporale miniſterium præſtant, ſed & pro omni-

Digitized by Google

bus defunctorum fiſcalia detrimenta reſarciunt, vel annonam exigentes deſertorum prædiorum damna ſuſtinent.

DISTINCTIO II.

Inter munus perſonale *privatum* & *publicum*.

P*Rivatum* vocat Lauterbach, quod principaliter ad privatorum utilitatem ſpectat, v. g. tutela, quamvis hæc alio reſpectu etiam ad officia publica referri ſoleat, quia ſcilicet publica autoritate injungitur. *Publicum* autem hoc loco eſt, quod principaliter ob publicam utilitatem imponitur, v. g. officium conſiliarii, ſecretarii, &c.

Uſus in eo conſtitui poſſet, quod munus *privatum* nullam tribuat prærogativam aut præcedentiæ jus, bene tamen *publicum*. Item, quod *publicum* regulariter ſalarium annexum habere ſoleat, non autem *privatum*, & quod *publicum* regulariter conferatur ab ipſo principe, *privatum* autem a quolibet magiſtratu inferiore, &c.

DI-

Digitized by Google

DISTINCTIO III.

Inter munus perſonale *honoratum* & *inhonoratum.*

AD *honorata* in multis locis non alii, niſi indigenæ admittuntur, ad *inhonorata* autem extranei quicunque. *Ea* tribuunt prærogativam, non autem *hæc.* Illi, qui iam in officio honorato conſtitutus, adhuc aliud *honoratum* imponi poteſt, non autem *inhonoratum.* In *honoratis* conferendis gradatim eſt procedendum, quod ad *inhonorata* applicari non poteſt.

DISTINCTIO IV.

Inter munus reale *ordinarium* & *extraordinarium.*

QUando princeps alicui immunitatem conceſſit, tunc illa conceſſio de *ordinariis* ſaltem intelligenda eſt, non autem de *extraordinariis,* quæ ob ſummam neceſſitatem & publicam utilitatem imponuntur, quod ex DD. fuſe oſtendimus *in pecul. diſp. de immunitate non excuſante.*

Digitized by Google

LIB. L. TIT. XI.

De nundinis.

DISTINCTIO I.

Inter nundinas *hebdomadales*, *annales* & *ſolennes*, Wochenmärckte/ Jahrmärckte und Meſſen.

HEbdomadales *cujusvis loci magiſtratus* ſine ſpeciali principis conceſſione, conſtituere poteſt, & in illis *nulla privilegia vendentibus competunt. Annales* autem quilibet *ſtatus imperii* in ſuo territorio inſtruit, & iis quoque *absque confirmatione imperatoris* privilegia eadem concedere poteſt, quæ ſolennes habent, ſed hæc effectum ſuum *in illo ſaltem territorio*, quod tali ſtatui ſubjectum eſt, conſequuntur, non autem in territoriis ſtatuum vicinorum. *Solennes* etiam a ſtatibus inſtituuntur, ſed *accedente imperatoris confirmatione*, & tunc mercatoribus & in acceſſu & in receſſu plena ſecuritas *per totum imperium* competit, v. pluribus Schweder. *introd. in jus pub. part. ſpec. Sect.* 1. *Cap.* 17. §. 13. *usque ad* 18.

LIB.

Digitized by Google

Lib. L. Tit. XIII.

De extraordinariis cognitionibus, ſi judex litem ſuam feciſſe dicatur.

DISTINCTIO I.

Inter ſententiam contra *jus conſtitutionis* & *partis* latam.

De hac diſtinctione jam egimus ſupra *ad tit. de re judicat. Diſt. III.* quo nos referimus.

FINIS PARTIS III.

Digitized by Google